

POR DOÑA MARIA CLARA RENGEL DE TAPIA y Paredes, muger de Don Gonçalo Antonio de Chaves y Orellana.

EN EL PLEYTO

CON

Don Estevan Nicolas Rengel de Tapia, todos vezinos de la ciudad de Truxillo.

SOBRE EL IVYZIO

Possessorio de los bienes del Mayorazgo, que fundaron Esteuan Rengel de Tapia, y Mencia Maria de Orellana su muger, y sus agregados, introduzido por ambas partes por muerte de el señor Don Luys Rengel de Tapia y Paredes, de quien es hija vnica la dicha Doña Maria Clara.

PARA inteligencia de este pleyto se supone. Lo primero. Que Esteuan Rengel de Tapia, de la casa 1. tercero, y quarto abuelo de las partes, en 17. de Febrero de 1528. en virtud de facultad Real, instituyò vinculo, y mayorazgo de ciertos bienes, para cuya sucession hizo los llamamientos que se contienen en las clausulas siguientes.

2 ¶ Suceda en primero lugar Bernardino de Tapia mi hijo, y de Mencia de Orellana mi muger, y deſpues de ſus dias ſuceda ſu hijo mayor, que del dicho ſu hijo quedare, ſiendo legitimo, nacido, y procreado de legitimo matrimonio.

3 ¶ Y en fallecimiẽto del dicho ſu hijo mayor del dicho Bernardino de Tapia ſu hijo, aya, y herede el otro hijo ſegundo ſiguiente, ſi del primero no quedare hijo varon de legitimo matrimonio, como dicho es.

4 ¶ Y en falta del ſegundo, que lo aya, y herede el tercero, y aſsi todos los otros hijos del dicho Bernardino de Tapia, haſta venir en el menor de edad en falta de los mayores de dias.

5 ¶ Pero ſi caſo fuere (lo que Dios no quiera) que el dicho Bernardino de Tapia ſu hijo fallecieſſe en ſus dias, ò deſpues dellos, ſin dexar, ni auer hijo varon de legitimo matrimonio, nazido, ni deſcendiente de tal hijo varon, que en tal caſo es ſu volũtad, que el dicho mayorazgo, y todos los bienes en èl contenidos, los aya qualquier hija legitima y de legitimo matrimonio, que el dicho Bernardino de Tapia dexare, a el tiempo de ſu fallecimiento, la qual ſuceda en el dicho mayorazgo, con los meſmos vinculos, y condiciones que han de ſuceder el dicho Bernardino de Tapia, y ſus hijos, y deſcendientes.

6 ¶ Y ſi por caſo no dexare el dicho Bernardino de Tapia hijo varon, y dexare nieto varon, deſcendiente de hijo de legitimo matrimonio nazido, que en tal caſo, aya el dicho mayorazgo el tal nieto, ò deſcẽdiente legitimo del dicho Bernardino de Tapia, cõ las clauſulas, y firmezas, y condiciones q̃ el dicho Bernardino de Tapia lo auia, prefiriendo el mayor de dias al menor.

7 ¶ Y no dexando deſcendiente de deſcendiente varon, q̃ lo aya el hijo varon de la hija del dicho Bernardino de Tapia de legitimo matrimonio nazido, y en defecto de varon la hembra, ſucediendo de grado en grado, como los varones, prefiriendoſe el hijo deſcendiente de varon a la hembra.

8 ¶ Y en defecto de no dexar el dicho Bernardino de Tapia hijos, ni deſcendientes varones, ni hembras, por la orden ſuſodicha, que aya, y herede eſte dicho ſu mayorazgo, con las meſmas condiciones que el dicho Bernardino de Tapia, Iuana Garcia la Rengela ſu hija, y de la dicha Mencia de Orellana ſu muger, y muger de Luys de Tapia, con tanto, que el dia que ſe caſare Eſteuan Rengel de Tapia, hijo ſegundo de la dicha Iuana Garcia, y del dicho Luys de Tapia, aya el dicho mayorazgo, y la dicha Iuana Garcia ſe lo reſtituya, e lo tenga, y goze èl, y ſus deſcendientes, por la orden, y con las condiciones, y vinculos que los deſcendientes del dicho Bernardino de Tapia.

Yen-

9 ¶ *Y en defecto del dicho Esteuan Rengel si falleciere sin dexar hijo, ni descendiente legitimo de legitimo matrimonio, que en tal caso lo aya Alonso, hijo mayor de la dicha Iuana Garcia, y de Luys de Tapia, con las mesmas condiciones, y por la mesma orden que los descendientes del dicho Bernardino de Tapia.*

10 ¶ *Y en defecto del dicho Alonso, y no dexar descendiẽte legitimo, lo aya, y herede otro hijo, ò hija, ò descendiente de la dicha Iuana Garcia, conforme a la orden arriba dicha en el dicho Bernardino de Tapia, y sus descendientes, con tal condicion, que el hijo de la dicha Iuana Garcia que los huuiere de auer, lo aya despues que se casare, con la condicion que se pone al dicho Esteuan Rengel, por manera, que entre tanto que el tal hijo no se casare, goze el dicho mayorazgo, y frutos dèl la dicha Iuana Garcia la Rengela su madre. Con tanto, que el que sucediere en dicho mayorazgo, ò si fuere hembra, el que casare con ella tenga el apellido, è armas de Rengel de Tapia, è no le teniendo, por el mesmo fecho pierda el dicho mayorazgo, y se passe al siguiente en grado, q̃ conforme a las condiciones deste mayorazgo, tiene de suceder en el defecto dèl, que le tiene, ò posseia.*

11 ¶ *Y assi quiero, y es mi voluntad, que tenga de vno en otro, sucediendo este mayorazgo de los varones a las hembras, è de mayores a los menores; de manera, que el varon siempre se prefiera a la hembra, è el mayor de dias al menor; y que assi ande siempre de grado en grado. De tal manera, que vno solo lo aya, y herede, y los dichos bienes de suso nombrados de este su mayorazgo, y los que en el estuuieren inclusos, no se puedan diuidir, ni apartar, ni diminuir en todo, ni en parte.*

12 ¶ Lo segundo se supone. Que Mencia de Orellana, muger del dicho Estevan Rengel de Tapia, por diferentes escrituras aprovô el dicho mayorazgo que su marido auia hecho, y vsando de la Real facultad que se auia ganado, *incorporò, y agregò à èl todos sus bienes presentes, y futuros, con los mismos llamamientos, vinculos, y condiciones del que el dicho Esteuan Rengel de Tapia auia fundado.*

13 ¶ Lo tercero, que despues de la muerte de dichos Fundadores, sucediô el dicho Bernardino de Tapia su hijo, primero llamado, de la casa 2. el qual por su testamento, con que muriò, otorgado por Agosto de 1564. *hizo agregacion de otros bienes con los mismos vinculos, y condiciones del de sus padres.*

14 ¶ Lo quarto, que por muerte de Bernardino de Tapia sucediô en dichos mayorazgos Gonçalo de Tapia su hijo, primogenito, que casô con doña Maria de Paredes, casa 3. de cuyo ma-

trimonio tuvierõn pōr sus hijos a don Esteuan de Tapia, que fue el mayor, y al señor don Luys de Tapia y Paredes, padre de la dicha doña Maria Clara.

15 ¶ Lo quinto, que auiendo sucedido el dicho Don Esteuan de Tapia, y casado con doña Teresa de Ovando, los de la casa 4. tuvieron por sus hijos legitimos a don Gonçalo de Tapia, de la casa 9. que muriô sin sucession, y a la dicha Doña Maria de Tapia, casa 8. que casô con Don Miguel de Erasso, Cauallero del Orden de Calatraua, madre del dicho don Esteuan Nicolas, parte contraria.

16 ¶ Lo sexto, que el dicho señor Don Luys de Tapia y Paredes puso demanda en esta Corte a doña Maria de Tapia su sobrina, diziendo tocarle la sucession del mayorazgo principal, y sus agregados, por hallarse con llamamiento expresso de varon agnato, descendiente del Fundador, a quien asistia la voluntad, por auerla tenido de conservar su agnacion, y que auia de ser declarado por successor, condenando a la susodicha en restitucion de los bienes con los frutos.

17 ¶ Despues de muchas dilatorias, de que se valiô doña Maria de Tapia, contestô la demanda, pretendiendo, que en concurso del señor don Luys su tio, auia de ser preferida, por no auer exclusion de hembras, y ser hermana legitima del vltimo possèedor, de mejor linea, y por otras razones que tambien alegò, con q̃ concluso el pleyto, saliò sentencia en 11. de Mayo de 638. de esta Chancilleria, por la qual *fue declarado el señor don Luys por successor del mayorazgo que fundò Esteuan Rengel de Tapia, y en los agregados, y acrecentados a èl, y condenaren a la dicha Doña Maria en restitucion de los bienes cõtenidos en ellos cõ los frutos.*

18 ¶ De que se suplicô por la susodicha, y por el señor D. Luys se dixo de bien sentenciado. Y auiendose recebido a prueua, con ocasion de vn termino vltramarino que se concediô, y otras circunstancias, se lleuò el pleyto al Consejo por Cedula de su Magestad, de pedimento del señor D. Luys, donde se fue subsstanciando.

19 ¶ Y hecha publicacion, muriò en este tiempo el señor Don Luys, y tratando de proseguir la instancia Doña Maria Clara su hija vnica, que en la Chancilleria auia salido, coadjubando el derecho de su padre.

20 ¶ Lo contradixo doña Maria de Tapia, y don Esteuan Nicolas su hijo, que tambien auia salido oponiendose, como tercero excluyente, varon, y alegaron no ser parte Doña Maria Clara para proseguirlo, porque auia salido coadjubando el dere-

cho

cho de ſu padre, el qual pretendia, *como varon agnato*, y auiendo muerto ſin dexar ſucceſsion en quien ſe pudiera continuar *el derecho que pretendia*, ceſsò la accion de la dicha D. Maria Clara.

21 ¶ A que ſe reſpondiò por la ſuſodicha, que lo era legitima, para continuar la inſtancia començada por ſu padre, en quien paſſaua actiua, y paſsiuamente, y ſe deuia proſeguir en el eſtado en que quedò, ſin que obſte el dezir que el ſeñor don Luys litigaua *por varon agnato*, y que eſta calidad no ſe hallaua en la ſuſodicha: *porque baſtaua la tuuieſſe ſu padre, para que auiẽdo radicadoſe en èl la ſucceſsion, y trãsferidoſelo la poſſeſsion ciuil, y natural por miniſterio de las leyes; ſe aya de continuar en ella, no auiendo, como no ay otro varon agnato que la pueda excluyr.*

22 ¶ Sobre cuyo articulo huvo autos de viſta, y reviſta del Conſejo, en que ſe negô a doña Maria de Tapia, y a don Eſteuan ſu hijo lo que pretendian, y ſe mandò que ſe proſiguieſſe eſte pleyto con la dicha doña Maria Clara.

23 ¶ En el qual auiendoſe ſubſtanciado, y concluſo, dos años deſpues de la muerte del ſeñor Don Luys ſaliò ſentencia de reuiſta del Conſejo, *confirmando la de viſta de la Chancilleria, con que la condenacion, y reſtitucion ſea, y ſe entienda ſolamente de los frutos de los mayorazgos que huuieren corrido haſta el dia de la muerte del dicho ſeñor don Luys de Paredes. Y en quanto a la ſucceſsion de los mayorazgos que vacaron por muerte del dicho ſeñor don Luys de Paredes, reſeruaron ſu derecho a ſaluo a la dicha doña Maria Clara, y a la dicha doña Maria de Tapia, y a don Eſteuan Rengel de Tapia ſu hijo, para que aſsi en poſſeſsion, como en propiedad ſigan ſu juſticia ante quien, y como vieren que les conuenga.*

24 ¶ De dichas ſentencias ſe deſpachô executoria â doña Maria Clara de Tapia, en cuya virtud cobiô los frutos corridos, haſta la muerte de dicho ſeñor don Luys.

25 ¶ Lo ſetimo, que auiendoſe por las partes introduzido diuerſos pedimentos contrarios: vltimamente ſe ha conteſtado *el juyzio poſſeſſorio, plenario*, pretendiendo D. Maria Clara, que por muerte del ſeñor don Luys ſu padre ſe le transfiriò la poſſeſsion ciuil, y natural de los *bienes de los mayorazgos contenidos en la executoria, y que ſe le deue dar la judicial con los frutos, por ſer ſu hija vnica, y no auer varon agnato que le pueda hazer competencia.*

26 ¶ Don Eſteuan Nicolas lo contradize, diziendo, deue ſer amparado en la que ſe le mandò dar por la juſticia de Truxillo, por hallarſe con la calidad de varon, y aunque cognato, le

assiste la voluntad de los Fundadores, en auer querido preferirlos a la hembras, y por las demas razones, y fundamentos que se aduertiran en sus oposiciones.

27 ¶ Con que concluso el pleyto, salieron sentencias cõtrarias: *vna, del Alcalde mayor a fauor de la dicha doña Maria Clara*, y la del Doctor Brito su acompañado, a el de Don Esteuan Nicolas.

28 ¶ Y para que se reuoque esta, y confirme la del Ordinario de la Ciudad de Truxillo, representaremos en nombre, y por doña Maria Clara diuersos fundamentos, con la mayor breuedad que nos sea posible, dando satisfacion a los de que D. Esteuan Nicolas trata de valerse, reduzidos a siete articulos.

29 ¶ El 1. *Serà ajustar, que el señor don Luys en virtud de la executoria que a su fauor saliò, fue declarado por legitimo successor de dichos mayorazgos, y vencida doña Maria de Tapia, madre del dicho don Esteuan, tenedora dellos, sin que contra esta determinacion se pueda dezir, ni oponer cosa alguna, como en la verdad no se ha alegado.*

30 ¶ El 2. *Que aunque la sentencia de reuista saliò dos años despues de muerto el señor don Luys, y sin auer llegado a la aprehension Real de los bienes de estos mayorazgos, adhuc, se deue juzgar por vltimo posseedor dellos, assi para constituir linea en orden a la proximidad, como para los demas efectos fauorables del derecho, que se aduertiran.*

31 ¶ El 3. *Que en virtud de la reserua, que la executoria hizo a todas las partes, y en fuerça de la disposicion de derecho, hã podido intentar el juyzio possessorio, plenario, como lo han hecho, sobre que salieron las sentencias del inferior, y su acompañado, y deue pronunciarse la desta Chancilleria, sin embargo del de tenuta, que se introduxo por doña Maria Clara, y declarò no auer lugar, que en nada le puede obstar.*

32 ¶ El 4. *Que en doña Maria Clara se traspuso la possession de los bienes de estos mayorazgos, por muerte del señor D. Luys, aunque es hembra, por auer faltado varon agnato.*

33 ¶ El 5. *Que no pudo hazerle competencia D. Maria de Tapia su prima, por auer quedado vencida, y postergada su linea con dicha executoria.*

34 ¶ El 6. *Que tampoco don Esteuan aunque varon, por serlo de hembra, y hallarse sin llamamiento anterior al de D. Maria Clara, puede impedir a la susodicha la possession que tiene pedida.*

35 ¶ El 7. *Que quando en los antecedentes huuiera al-*

guna

guna duda: este es medio bastante para que deua vencer de necessidad la dicha Doña Maria Clara, principalmente en este juyzio possessorio.

(*⁎*) I. ARTICVLO. (*⁎*)

36 ¶ Auiendo en juyzio ordinario de propiedad, obtenido executoria el señor Don Luys, se deue juzgar por legitimo successor destos mayorazgos, por auer sido el pleyto con D. Maria de Tapia, posseedora que fue dellos, y a quien tocaua la primer causa de su defensa.

37 ¶ Ad text. *in l.* 1. §. *denuntiari, ff. de ventre inspiciendo*, ibi: *Denuntiari autem oportet ijs, quos proxima spes successionis contingit.* Et iterum ibi: *Hæredi instituto non etiam substituto.* Et concludit illic: *Qui primum locum obtinent, l. si patroni, §. fin. l. Papinian.* §. *vlt. l. qui repudiantis, ff. ad Trebel. l. si superatus*, vers. *Atque, ff. de pign. l. si cui, ff. de innoffic. testam. l. ex cōtractu* 44. *ff. de re iud.* ex multis Tiraquel. *de nobilitat. quæst.* 35. *num.* 15. Capic. *decis.* 107. *nu.* 2. Peregrin. *de fideicommis. art.* 53. *à num.* 40. Giurb. *decis.* 1. *num.* 15. Pereir. *decis.* 122. *num.* 8. Marescot. *lib.* 1. *variar. cap.* 86. *num.* 57.

38 ¶ Et ex nostris Gregor. Lopez *in l.* 2. *tit.* 22. *part.* 3. verb. *pero*, Anton. Gom. *in l.* 40. *Taur. num.* 43. Rod. Suar. *alleg.* 27. *num.* 3. Dom. Couarruv. *pract. cap.* 13. *num.* 6. Dom. Molin. *lib.* 4. *cap.* 8. *à num.* 3. vbi Addentes, vers. *Cæterum*, Mieres 4. *part. quæst.* 14. *nu.* 7. D. Paz *de tenut. cap.* 43. *n.* 1. D. Castill. *lib.* 5. *cap.* 157. *à num.* 66.

39 ¶ Cuya determinacion no se puede impugnar, antes si, rendir el dictamen, y sugetar el juyzio a lo que dezide, *l. miles, §. qui indicati, ff. de re iud. l.* 1. *C. eod. l. qui cum maior, §. is demum, ff. de bon. libert.*

40 ¶ Sin discurrir an male, vel benè, sed solum, quod iudicatum est, *l. seruo, §. cum Prætor, ff. ad Trebel. l. debitor, §. fin. eod. tit. cap. inter vos, de sententia, & re iud. l.* 2. *ff. de hæredit. vel act. vend. l.* 19. *&* 20. *tit.* 22. *part.* 3. *l.* 24. *l.* 30. *tit.* 2. *part.* 3. Bald. *cons.* 405. *nu. pen. part.* 1. Rebuff. *tract. de sentent. in præfact. n.* 10 plura iura congerit Dom. Valenç. *cons.* 68. *num.* 31.

41 ¶ Nam sententia vltima, efficit de alvo nigrum, & ex quadratis rotunda, *l. cum putarem, ff. fam. herciscl. l. ingenuum, ff. de stat. hom.* Bald. *in cap. nostri, de elect.* Iass. *in l. Iulianus, notab.* 1. *ff. de contrah. empt.* Crauet. *cons.* 79. *num.* 1. Surd. *cons.* 61. *num.* 2. *tom.* 1. Azeued. *cons.* 40. *a n.* 10. D. Valenç. *cons.* 68. *n.* 22.

42 ¶ Y contra ella no puede auer otra determinacion, *l. 1. C. de re iud. l. 1. C. quando proboc. non est necesse, l. unica, C. ne liceat, tercio proboc. cap. sua nobis, & c. dilecto, de appellat. l. 13. tit. 22. part. 3.* & expresse decidit nostra lex Regia, *l. 2. tit. 17. libr. 4. Recop.* ibi: *Y de la sentencia que assi dieren en grado de suplicacion que no aya mas alçada, ni suplicacion a Nos, ni a los dichos Oydores.* Dom. Valenç. *dict. cons. 68. num. 3.*

43 ¶ Y vltimamente, cerrò la puerta à nulidades, restituciones, y a otros remedios, aduersus sententiam reuisionis, la nueua prematiça del año de 15. y la ley recopilada, que est *fin. dict. tit. 17. lib. 4.* ibi: *Declaramos, que en las palabras, y disposiciones de la l. 4. tit. 17. lib. 4. quedò comprehendido, y quitado el remedio de la restitucion, assi la que compete a los menores, y vniuersidades, y demas personas priuilegiadas, como las que por justas causas concede el derecho a los mayores. Y mandamos, que no se pueda intentar contra las tales sentencias, ninguna de las dichas restituciones, ni por la via, y remedio dellas tornarse a mouer, suscitar, ni tratar los pleytos que por las dichas sentencias huuieren quedado, y quedaren acabados.*

(***) II. ARTICVLO. (***)

44 ¶ La *l. 45. de Toro*, dize: *Que muerto el tenedor del mayorazgo, luego sin otro acto de aprehension se traspasse la possession ciuil, y natural en el siguiente en grado, &c.*

45 ¶ Et licet, el señor don Luys no llegô a tomar la possession judicial de los bienes destos mayorazgos, por auer fallecido antes de la vltima sentencia, sin embargo se deue tener, y cõsiderar por vltimo posseedor dellos, para regular la nueua successión por muerte suya, y para los demas efectos fauorables a su linea, y descendencia que conuengan: lo qual se euidencia de las cõsideraciones siguientes.

46 ¶ La primera. Porque luego que muriò don Gonzalo de Tapia, agnato, hermano de doña Maria (madre de Don Esteuan) y vltimo tenedor, se transfiriò en el señor don Luys su tio la possession ciuil, y natural, sin que necessitasse de tomarla, ni hazer acto alguno de aprehension, por ser el siguiente en grado, a quien por hallarse con la mesma calidad de agnato tocô, segun la volũtad de los dichos Fundadores, *dict. l. 45. Tauri*, quam latê exornat Dom. Molin. *lib. 3. cap. 13. per tot.* & ibi Add.

47 ¶ Verdad canoniçada ya con dicha executoria, que fue, ibi: *Declarar a el señor don Luys por legitimo successor, por*

muerte

muerte del dicho don Gonzalo. Et pèr cõsequens, no auerlo sido doña Maria de Tapia su sobrina, *l. ex diuersò,* §. 1. ibi: *Et iudex sententia declarauit meum esse, ff. de rei vind. l. sicuti,* §. *sed si quæratur, ff. si seru. vend.* illic: *Quia per sententiam non debet seruitus constitui, sed quæ est declarari;* vbi glos. verb. *declarari, l. si interme, & te 15. ff. de except. rei iudic.* ibi: *Quia eo ipso, quo meam esse iudicatum est, ex aduerso iudicatum est, tuam non esse.* Bart. *in dict. l. ex diuerso,* §. 1. Garc. *de nobilit. glos. 6. num.* 48. Gratian. *discept. cap.* 445. *à nu.* 20. Carleu. *de iud. tom. 2. tit. 3. disp. 5. n. 6.*

48 ¶ Y aunque se introduxo de hecho en la possesion por muerte de don Gonzalo doña Maria su hermana, no por esso impidiò la que por su ministerio, la ley traspassô a el señor Don Luys, como lo dezide ella mesma, illic: *Aunque aya otro tomado la possesion dellos en vida del tenedor del mayorazgo, ò el muerto.* Verba sunt, *dict. l. 45. Taur.*

49 ¶ La segunda. Porque el successor del mayorazgo en quien traspassa la possesion, la ley, puede trãsmitirla antes de aprehender los bienes, ora sea por ignorancia, omission, ò muerte, como con Tiraquel. *in tract. de morte, declarat. 2. num. 2.* Rebuff. & alijs Dom. Molin. *libr. 3. cap. 12. num. 25.* ibi: *Sed huius articuli resolutio, pendet ab ea quæstione; quam superius tractauimus, vtrum scilicet possessio, quæ transfertur, ex dict. l. 45. Tauri, sit vera, an ficta, si enim vera est, vt supra isto, c. num. 19. resoluimus, nulli dubium, nisi quod etiam ex actu ficto transferri possit.* Pater Molin. *disputat. 636. num. 3.* Anton. Amat. *resolut. 39. num. 32. &* 107.

50 ¶ Dom. Paz *de tenut. cap. 35. à num. 19.* vbi *nu.* 23. in medio inquit: *Ergo eodem modo, dicendum est in casu nostro, ex legis Taurensis beneficio, ciuilissimam possessionem; quam verò successori maioratus, etiam si absens sit, & prorsus ignoret: si moriaturque ante scienciam, & aceptationem transmitti prædictum maioratum in sequentem in gradu, ei proximum.*

51 ¶ La tercera. Porque no es necessario transmita su mesma possession en el siguiente en grado, sino que dê lugar para que se traspasse en èl otra tal, authoritate legis, como la que pertenecia à el defuncto, aunque no huviesse llegado à aprehenderla.

52 ¶ Sic in casu Greg. Lop. *in l. 7. tit 4. part. 5.* verb. *possession, q. 6.* ibi: *Sed quid si iste, in quem ex lege transfertur possessio, moriatur ante aprehensionem realem? Et videbatur, quod non, ex dicto Baldi superius relato: videtur tamen, quod authoritate legis, non eadem possessio, quæ fuit primo delata, sed alia trãsferatur in sequẽtẽ. & sic nõ est opus tractare de trãsmissione.*

53 ¶ Dom. Molin. *libr.3.cap.12.nu.22.* ibi: *Sed verius est, eam possessionem diuersam esse ab illa, quam vltimus maioratus possessor habuit, quo ad substantiam, & actualem effectum ipsius possessionis, quamuis eadem sit, quo ad qualitatem habitualem, vt scilicet maioratus successor habeatur pro possessore, non aliter, quam defunctus si viueret haberetur.*

54 ¶ Pater Molin. *disputat.34.n.4.* Dom. Paz *de tenut. dict.cap.35.num.26. in med.* ibi: *Aut consideramus prædictam possessionem tanquam nouam, & diuersam ab illa, quam vltimus maioratus possessor habuit, vt censuit Anton. Gom. in l.45. num.114. Molin. lib.3.cap.12.num.22. vers. Sed verius, vtroque enim casu necessaria non est aprehensio illius, cui defertur, lex enim 45. Taur. absque prædicta aprehensione ciuilem, & naturalem possessionem trasfert, vt ex ea patet, & supra probabi.* Et prosequitur in hanc censum grauissimis fundamentis.

55 ¶ La quarta. Porque *dict.l.45.* no solo vino a fauorecer al que sucede por muerte del vltimo posseedor, sino a todos los siguientes, en quien se hallare la voluntad del instituidor, cuyo derecho no se les puede quitar, ni causar perjuyzio, ni diminucion, por la ignorancia, impossibilidad, muerte, û omission del successor, antes si, deue considerarse la proximidad de este, y juzgarle por actual posseedor, aunque no llegasse a la aprehension de los bienes.

56 ¶ Dom. Paz *dict.cap.35.nu.23.* ibi: *Secus verò erit in successionibus maioratus, qui præiuditium inferre nequit sequentibus in gradu, & lex 45. non solum in eius fauorem beneficium contulit, sed etiam in beneficium illius, qui post eum succedit, & sic proximitas ab eo regulatur, tanquam ab vltimo possessore, siuè aprehenderit actu, siuè ignorauerit, & si aceptare nequiuerit, siuè etiam renuntiauerit, & aceptare noluerit, quo casu fructus, tantum amittet dum viuit, nullum alium verò effectum eius renuntiatio, vel repudiatio, vel tacita non agnitio producere potest, cum ex ea nullum præiudicium resultare possit ei, qui alioqui in eius maioratu succedere debebat.*

57 ¶ La quinta, y con que pudieramos escusar las antecedentes, resulta *de la mesma sentencia de reuista del Consejo,* que tuvo al señor don Luys por posseedor de estos mayorazgos, pues dixo, ibi: *Y en quanto a la succession de los mayorazgos que vacaron por muerte del señor don Luys de Paredes, reseruaron su derecho a saluo, &c.*

58 ¶ Vbi notatu dignum verbum, q̃ *vacaron por muerte del señor don Luys,* que supone tenencia Real, y verdadera en su

vida,

vida, arg. *l. decem* 117. *ff. de V.O. l. Titio vsusfructus, ff. de condit. & demonstrat. l. remittit, ff. de iur. iur. §. seruus, Inst. de cap. dimin.* vbi Dom. Pichard. *numer.* 2. in caſu vacationis beneficij Gonzal. *in regul.* 8. *gloſ.* 15. §. 1. *à num.* 9. *cum ſeqq.*

59 ¶ Denique por auerle aplicado los frutos haſta entõces, como ambas ſentencias conformes lo deziden, que es el efecto principal de verdadera poſſeſsion, *l. Titia cum propter dotem* 48. *ff. de ſolut.* ex pluribus Ruin. *conſ.* 53. *num.* 7. *vol.* 3. Farinac. *deciſ.* 297. *num.* 4. *part.* 1. *nouiſ.* Gonçal. *in regul.* 8. *gloſſ.* 34. *nu.* 112. Dom. Larrea *deciſ.* 45. *nu.* 11. *in fin.* ibi: *Ille enim precipuus effectus poſſeſsionis eſt colligere fructus.*

60 ¶ Et quod magis eſt en virtud de la executoria que de ellas ſe deſpachô, ſe cobraron por eſta parte de doña Maria de Tapia, que fue la vencida, como del pleyto conſta, ſupr. *n.* 24.

(***) III ARTICVLO. (***)

61 ¶ La ſentencia de reuiſta, reſervô el derecho a las partes, para que *aſsi en poſſeſsion, como en propiedad ſiguieſſen ſu juſticia, ante quien, y como vieren que les conuenga, ſupr. nu.* 23. *in fin.*

62 ¶ Pero no dixo que le reſervaua, *para que pudieſſen intentar juyzio de tenuta,* lo qual fue con prouidẽcia particular, ajuſtada à la diſpoſicion de derecho, que concede ſolos ſeys meſes de termino deſpues de la muerte del vltimo poſſeedor, *l.* 9. *tit.* 7. *lib.* 5. *Recop.* & paſsim Regnicolæ. Y por auer dos años que auia fallecido el ſeñor don Luys, ſolo hizo reſerua *en poſſeſsion, y propiedad.*

63 ¶ Y aunque ſin fundamento ſe introduxo la tenuta por doña Maria Clara, juſtamente *ſe declarò no auer lugar,* por ſer paſſado dicho termino de ſeys meſes, ſin que en eſto aproueche la reſtitucion concedida â los menores; pero no por eſſo quedô deſtituyda de pedir la poſſeſsion ante la juſticia de Truxillo en juyzio plenario, como lo hizo, y en el meſmo caſo lo admiten, Dom. Molin. *lib.* 3. *cap.* 13. *nu.* 60. ibi: *Quibus adiiciendum eſt, quod minor, ſeu abſens, vel igaorans, ex lapſo ſex mentium, no amittit ius ſuum: ſed ſolum facultatem proponendi hoc remediũ in Regio ſupremo Conſilio. A qua facultate excluſus, poterit nihilominus iuſſum, tan quo ad poſſeſsionem; quam quo ad proprietatem coram iudicibus ordinarijs proſequi.*

64 ¶ P. Molin. *diſp.* 638. *in tract. de maiorat. à num.* 6. præcipuè *num.* 7. illic: *Quo loco obſerua, ex eo quod in eo euentu,*

non

non concedatur hoc remediũ (scilicet tenutę) *non reddi eos deterioris cõditionis, tã quo ad causã possessionis, quà quoad causã proprietatis, qui pratendunt se esse legitimos maioratus successores, quam si id remedium, non esset introductũ, neque impediri, qui in litem intentent, quod ad possessionem, aut proprietatẽ, prout ius alioquim ad eam intentandam habuerit, etiam ex l.45. Tauri.*

65 ¶ Dom. Paz *de tenut. cap.17. nu.4.* & iterum, *n.15.* ibi: *Apud nos verò remedia possessoria competentia, & si semestre lapsum sit; hoc enim solum, quo ad Regium supremum Senatum præstitum fuit, non tamen prohibentur litigatores interdictis possessorijs apud alia Tribunalia inferiora experiri, vt in indi biduo, docet Molin. lib.3. cap.13. num.60.* Lo mesmo sieten los Addicionadores ibidem.

66 ¶ En cuya conformidad se introduxo, y contestô este juyzio possessorio plenario en primera instancia ante el inferior, sobre que cayeron las determinaciones contrarias entre si, que se han de reuocar, ò confirmar oy en la Chancilleria.

(*⁎*) IV. ARTICVLO. (*⁎*)

67 ¶ Auiendo la executoria declarado por successor legitimo al sepor don Luys, y juzgandose por vltimo posseedor destos mayotazgos, segũ lo resuelto en los fundamentos antecedentes, y que al tiempo de su muerte no dexô hijo varon, sino a doña Maria Clara, muger de don Gonçalo Antonio de Chaves, en esta se traspassô la possesion ciuil, y natural dellos.

68 ¶ Por derecho, ex *l.2. tit.15. part.2.* illic: *E por ende establecieron, que si fijo varon, hy non huuiesse, la fija mayor heredasse el Reyno.* Y la *l.2. tit.18. part.3.* ibi: *Nombrando primeramente el mayor, que deue ser heredero, è despues los otros fijos varones, vnos en pos de otros, segun que fuere mayor en dias, è si varon no ouiere la fija mayor, e despues las otras, assi como diximos de los fijos.* Greg. ibidem, *& in l.3. tit.8. part.6.* verb. *mugeres,* Bald. *cons.267. nu.6.* vers. *Nam si duo comites.* Tiraq. *de primog. quæst.10. num.24.* Surd. *cons.316. n.11.* Dom. Couarruv. *pract. cap.38. num.6.* Dom. Mench. *de success. creat.3. part. §.27. n.20.* Dom. Molin. *lib.3. cap.6. num.29.* & expresius *num.33.*

69 ¶ La razon es. Porque las sucessiones en el Reyno, y mayorazgos de España, deuen discurrir por las lineas efectiuas derechas, que cada successor constituyò para sus descendientes, *dict. l 2. tit.15. part.2.* ibi: *Heredassen siempre aquellos que viniessen por linea derecha.* Dom. Molin. *lib. 1. cap.3. num. 12.* Valenç.

cons.

*conf.97.à num.6.*Burg.de Paz *conf.96.num.*40.Gutierr.3.*prac. quaest.67.num.*86.Dom.Castill.*lib.5.cap.93.num.*32. & *libr. 6.cap.*138.*num.*3.

70 ¶ Y entrando vna vez en ella, no puede hazer transito a otra hasta auer faltado todos los de la suya, *cap. 1. de natur. sucess.feud.*Dom. Molin.*lib.1.cap.3.à num.*12. & *lib. 3. cap.4. à num.*14.Dom.Castill.*lib.5 cap.93.à num.5.* & §.1. *num.*20. & 26.*eiusdem cap.*Add.ad Dom.Molin.*libr.* 3.*cap.6.num.*30. plures congerunt.

71 ¶ Por voluntad, tambien: Nam licêt certum sit, que sin embargo de la regla todo està sujeto a la de los fundadores, *l. cum ita legatur,* §. *in fideicommisso, ff. de leg.2.l. liberorum,* ibi: *Nisi voluntas testatoris aliter se habeat, ff. de V.S. l.27.* & *l.40. Taur.*ibi: *Saluo si otra cosa estuuiere dispuesto, por el que primero constituyò el mayorazgo,* & *dict. l. 45. Taur.* ibi: *Traspasse à aquel que segun la disposicion del facedor del mayorazgo huuiere de suceder.*

72 ¶ Hallaremos, que no solo no le es contraria â doña Maria Clara, antes si, que le assiste literalmente. Siquidem auiendo faltado los primeros llamamientos que el fundador hizo en Bernardino su hijo mayor, y en todos sus hijos varones, en que se comprehendiô el señor don Luys, que fue el vltimo agnato.

73 ¶ Entrô luego llamando a las hembras, ibi: *Pero si caso fuere, que el dicho Bernardino de Tapia mi hijo, falleciere en mis dias, ò despues de ellos, sin dexar, ni auer hijo varon de legitimo matrimonio nacido, ni descendiente de tal hijo varon: en tal caso, quiero, y es mi voluntad, que el dicho mayorazgo, y todos los dichos bienes en el contenidos, los aya qualquiera hija legitima de legitimo matrimonio, que el dicho Bernardino de Tapia dexare al tiẽpo de su fin, y muerte: La qual suceda en el dicho vinculo, y mayorazgo, con los mismos vinculos, y cõdiciones, que hã de suceder el dicho Bernardino de Tapia mi hijo, y sus hijos varones.*

74 ¶ En cuya palabra, *hija legitima* de Bernardino de Tapia, se comprehende su biznieta, como lo es doña Maria Clara, multiplici causa.

75 ¶ Tùm: ex proprietate verbi *filiæ, l. Senatus, de ritu nupt.*ibi: *S.C. quo cautum est ne tutor pupilam, vel suo filio, vel sibi nuptui collocet, etiam nepos significatur: l. iusta interpretatione, ff. de V.S.* ibi: *Sicuti appellatione filij, filia quoque contineri sæpe respondimus, ita nepotes vidẽtur cõprehendi, l.1. C. de cond. inser. l. Decurionum, C. de pœnis, Gloss. in l. Lutius la 2. ff. de he-*

*red.inst.*Bart.*in l.Gallus,§.institutus,de liber. & posthum.*Tiraq.*de morte,part.2.declar.5.num.2.*Rusticis *in l.cum auus, lib.1.cap.11.num.42.de condit. & demonst.*Matienç.*in l. 11.tit.7. lib.5.gloss.2.*Fussar.*quæst.*319.*n.*11.

76 ¶ Tùm.Ex subiecta materia Maioratus, y su perpetuidad,licêt pareciesse auerse limitado a la hija de Bernardino: ad text.*in l.Lutius,ff.de hered.inst.*donde siendo la institucion a fauor de Titio,hermano de el testador,y estandoles sustituidos el hijo,ò hija,nacidos del mismo,ibi: *Aut filiũ, filiamue, ex se natũ, natamue habuerit.*Sin embargo se resolviò comprehenderse los nietos,y descendienres en exclusion de los sustitutos despues del hijo,ò hija,ibi: *Non enim solum fratrem prætulit substitutis, sed etiam eius liberos.*

77 ¶ Bald.*in l.1.C.de cond.incert.num.*3.Bart.*in l.liberorum,de V.S.& in l.Gallus,§ institutus,num.*1.vers. *Non obstat,de liber. & posthum.*Peregrin.*cons.*31.*nu.*9. *& de fideicommiss.art.*28.*num.*34.ibi: *Amplia, vt etiam si dictum fuerit, si sine filijs ex se, aut suo corpore natis, contineantur nepotes; pro nepotes, & alij, quia in nepote est portio paterni corporis.*

78 ¶ Pues sin expressar el nombre de los padres, no era possible declarar las personas de los descendientes,a quien llamaua,sicut cum Alex.*cons.*37.*num.*1.*lib.*6.Paris.*cons.*65.*num.*65. Sim.de Pret.*cons.*66.*num.*12.Pereg.*cons.*31.*num.*4.*lib.*2. Fuss. *quæst.*321.*num.*27.ibi: *Quia semper est necesse exprimere nomen parentum filiorum vocatorum.*

79 ¶ Tûm etiam,*ex dict.l.*2.*tit.*15.*part.*2.ibi: *Si dexa re fijo,ò fija,que huuiere de su muger legitima,que aquel, ò aquello lo ouiesse,è nõ otro ninguno;*donde sin embargo de *su* muger, & ibi: *E non otro ninguno,*en la palabra hijo,ô hija se le comprehenden los nietos,& omnes descendentes in infinitum.

80 ¶ Dom.Molin.*lib.*1.*cap.*6.*num.*18.ibi: *Quod non solum de primò filio maiori, sed de omnibus filijs primogenitis in infinitum inteligenda sunt ex maioratus natura, & perpetuitate.*Et iterum,*num.*28.*&* 29.ibi: *In his panorũ primogenijs verbum, filios, non solum nepotes, verum etiam omnes alios descendentes in infinitum comprehendit, quod probatur solidissima ratione, nam maioratus natura perpetua est, in omnes descẽdẽtes, atque cæteros transuersales, qui ex propria institutoris familia procedunt.*Matienç.*in l.*11.*tit.*7.*lib.*5.*gloss.*8.*num.*2.D.Castill. *lib.*5.*cap.*66.*n.*45.*& cap.*92.*a n.*36.videndus.

81 ¶ Tum denique,por la *l.*11.*tit.*7.*lib.*5.*Recop.*que es la que limita las donaciones Enriqueñas, y hablando de mayorazgos,

razgos, aun que dize, ibi: *Que finquen a su hijo mayor*, vsando de los pronombres *su, y dellos*, adhuc se entiẽde de los nietos, y descendientes, Palac. Rub. *de donat. inter* §. 69. *nu*. 25. D. Molin. 1. *c*. 5. *n*. 22. Matienç. *in d. l*. 11. *gloss*. 8. *n*. 1. D. Castill. *lib*. 5. *cap*. 92. *nu*. 44. ibi: *Quamuis in singulari filus maior vocatur, aut cum pro nomine, mentatuum, sed cum dicatur filius meus, aut tuus. succedat, nam si maioratus perpetuus sit, adhuc nepotes continentur, vt perpetua sit successionis causa, que alias in filio finieretur, exemplum in clausul. Regis Henric. &c.*

82 ¶ Y tambien por los fundamentos, y consideraciones, que se aduertiran en satisfacion de las oposiciones cõtrarias, y en cada vna dellas.

(***) V. ARTICVLO. (***)

83 ¶ No puede oponerse por cabeça de doña Maria de Tapia, madre de don Estevan Nicolas, diziendo, que aunque perdiò en el pleyto con el señor don Luys, fue, por la calidad de agnato; pero que no auiẽdo dexado hijo varõ, si no a doña Maria Clara, cessò la causa de su exclusion. Y el llamamiento *de la hija de Bernardino*, se ha de verificar en la susodicha, bolviendola à reintegrar en la sucession, sicuti cum Bart. *in l. fin*. §. 1. *ad Tertul*. Menoch. *cons*. 359. *ex num*. 4. *lib*. 4. Mart. *de success*. 1. *part. quæst*. 22. *art*. 3. *num. fin*. Decian. *cons*. 22. *lib*. 3. Casan. *cons*. 23. *num*. 6. de que se oponen los Adicionadores del señor Molin. *lib*. 3. *cap*. 5. *n*. 72. vers. *Alij*.

84 ¶ Porque satisfacemos. Conque auiendo sido vencida en contradictorio juyzio la susodicha, y constituidose sucessor de estos mayorazgos el señor don Luys, deue traspassar en doña Maria Clara su hija vnica la possession, sin que tenga lugar el transito a otra linea, y menos reuersion a la de su prima, destituida, y postergada.

85 ¶ *Dict. cap*. 1. *de natur. success. feud*. Baldus *cons*. 200. *incipit feudum, lib*. 5. Gozadin. *cons*. 4. *nu*. 16. & 17. Socin. sen. *cons*. 249. *à num*. 21. *lib*. 2. & Iunior. *cons*. 191. *à num*. 1. Cephal. *cons*. 403. *per tot. vol*. 3. Ruin. *cons*. 159. *nu*. 8. & 9. & *cons*. 191. *num*. 6. Raud. *cons*. 2. *num*. 22. *vol*. 1. Surd. *cons*. 370. *à num*. 14. *vol*. 3.

86 ¶ Peregrin. *cons*. 24. *num*. 26. *lib*. 2. ibi: *Quia feudũ, conclusum, & consolidatum fuerat in vltimo masculo, ergò transit in eius filiam heredem suam, & non respicit retro ad gradum destitutum, & caducatum, nam quod semel est anihilatum, nunquam resurgit, l. qui res*, §. *areã, ff. de solut*. Et postea, ibi: *Sicque interpretandum est, vt inter feminas illa sit potior, quæ succesit in*

in locum personæ proximioris, non attento primò stipiti: idem de fideicom. art. 17. n. 19.

87 ¶ Alciat. in l. cum ita, §. in fideicom. num. 8. de legat. 2. Gail. lib. 2. obs. 148. Caualcan. des. 36. num. 171. part. 2. Vnio des. 341. lib. 4. Thes. decis. 77. num. 5. Iul. Clar. in §. testamento, quæst. 96. num. 14. ex pluribus Fussar. quæst. 484. à num. 29. & num. 42. quos, & alios congerunt Add. ad Dom. Molin. dict. cap. 3. lib. 3. num. 72. vers. Primò.

88 ¶ Y en nuestros mayorazgos de España, por ser las sucessiones lineales, en todos los descẽdientes de èl en quien huviere entrado, y por la proximidad al vltimo posseedor, es corriente esta sentencia, ex iuribus supr à n. 68. cum seqq.

89 ¶ Et considerant Greg. Lopez vno verbo, in l. 3. tit. 13. part. 6. verb. mugeres, quæst. 9. vers. Sed pone, Mier. de maioratu, 2. part. quæst. 6. num. 215. in 2. ædit, illic: *Quod si contingat fæminas exclusas esse à maioratu per testatorem, extantibus masculis, etiam remotioribus, & maioratus perueniat ad aliquem vocatum, exclusa fæmina vltimi possessoris, contra dispositionem, l. 40. Taur. Et postea iste masculus non habuerit, nisi vnam filiã, & defunctus, fuit absque liberis masculis, non debet præferri illa filia, quæ semel propter masculum exclusa fuit, alteri filiæ vltimi possessoris, & qui postremus obtinuit maioratum.* Et num. 216. ibi: *Quod fæmina semel exclusa propter masculum, admitti debet ad successionem maioratus, nõ extantibus filijs, vel filiabus vltimi possessoris, & vbi non extat alia proximior consanguinea.*

90 ¶ Dom. Castill. lib. 5. cap. 91. num. 63. que entre otras dà la razon siguiente: *Tertio deinde, pro eadem vltimi possessoris filia. Vrget etiam, quod aliàs si locus esset redintegrationi, non modo maximũ absurdum, sed etiam perpetualis, & confusio sequeretur, inter omnes de familia institutoris, ac maxime eos, qui successuri essent proximiori loco: colateralis namque masculus, fæminæ filius, si filiã vltimi possessoris excluderet, sæpe veniret, quod maioratus retrocederet, vbicumque masculus deficeret ex vltimo possessore, & deueniret ad personas semel exclusas, de fæmina quoque, ad fæminam retrocederet maioratus ipse, & redderet ad eã, quæ à principio fuit exclusa, & tempore exclusionis, præsertim si proximior erat institutori, & vltimo possessori, & etiam deberet reberti ad alias fæminas proximiores institutori met ipsi, si forsam essent, nec etiam posset vnquam successio radicari, nec certã lineam habere.*

91 ¶ Prosequiturquè, satisfaciendo à Menoch. Marta, y los demas con distincion en los casos en que hablan.

Add.

92 ¶ Add.ad D.Molin.*lib.3.cap.5.n.72*. donde disputãdo el punto refiere los fundamẽtos, y queda en este propio sentir, & *vers.2.in med.*inquit: *Et hac est verior, & receptior sententia in iudicando, & consulendo, & sic in hoc supremo castellæ senatu in causis magni ponderis fuit obtentum.*

93 ¶ Y en quanto á hija, y descendientes de posseedor corre la materia, y punto sin disputa, vt suponit D. Molin. *dict. cap.5.lib.3.n.72.in med.*ibi: *Quamuis enim in dispositionibus, quæ in prima successione finirentur fæmina, semel exclusa perpetuo exclusa censenda sit, etiam si causa exclusionis deficiat: in maioratibus autem propter eorum perpetuitatem hoc non procedit: imo etiam si semel exclusa sit cessante persona, quæ illam exclusit, atque eius DESCENDENTIBVS iterum, atque iterum admittenda erit.*

94 ¶ Add.ibidem, sic: *Nos vero in hac controuersia pro filia vltimi possessoris, semper consulendum, ac iudicandum duximus. Primò, quia admissa censetur eo ipso, quo pater eius successit in maioratu, excludens omnes, vsque quo deficiant, qui ex illa linea procedunt, ex adductis supr.cap.4.num.14.& reuersio ad aliam lineam, quo vsque posidens linea sit extincta, ratio iuris, neque maioratus natura patitur, vt supr.lib.1.cap.3.nu.12.* Et infra *cap.6.num.29.30.& 32.*Dom.Castill.*dict.libr.5. controuers.cap.91.numer.69.* Et sic non immoramur in re tam notoria.

(***) VI. ARTICVLO. (***)

95 ¶ Menos puede embarazar la sucession a esta parte don Estevan Nicolas, en fuerça de los fundamentos que dize le assisten, que son.

PRIMERO FVNDAMENTO DE don Esteuan.

96 ¶ Representa que es varon, a quien el fundador diô prelacion a las hembras en todas las clausulas, precipuê, en esta de que se vale doña Maria Clara, pues antes de mencionar la hija de Bernardino de Tapia, en que pretendemos està nuestro llamamiẽto dixo: *Que si falleciesse sin dexar, ni auer hijo varon, ni descendiente de tal hijo varon; en tal caso aya los bienes de mayorazgo qualquier hija que Bernardino dexare, &c.*

96 ¶ Conque siendo descendiente de hijo varon, aunq̃ por interposicion de hembra se verifican en èl dichas palabras, *Auth.de hered.abintest.ven.cap.1.in princ.de eo qui sibi; vel he red.suis, §. item in iustas de heredit. quæ abintest. defer.* Fab. *de*

 error.

*error.tom.2.decad.28.error.8.*Baez.*de non melior.cap.7.nu.36.* Auendañ.*in l.40.Taur.glos.9.num.74.*Dom.Molin.*lib.2.cap.5.nume.r48.*Dom.Castill.*tom.6.cap.129.numer.4.*Dom. Lara *in compend.cap.30.num.2.*con muchos Sueltes,*part.3.cons.5. à num.1.*

97 ¶ Verum respondemos. Lo vno. Que el hijo, ô descendiente varon, puesto aqui, en condiciō, no fue de hembra, no, si no de agrado, a quienes antes auia llamado, vt infra apparebit, y assi faltandole esta calidad, aunque tenga la del varon, no puede introduzirse a la possession que ha intentado, deuiendo concurrir en èl ambos requisitos para conseguirla.

98 ¶ *L.si heredi,ff.de condit.inst.l.si is qui,§.vtrum, de reb.dub.l.heredi,§.Caio,ff.de fund.instruct.l.si quis ita stipulatus 129.de V.S.*ibi: *Non aliàs dabitur, quam si vtrumque factum sit,l.1.ff.quor.bonor,*Mench.*cons.97.nu.103.*Decius *cons.54.num.2.*Pereg.*art.43.num.60.*Molin.*lib.3. de ritu nuptiarum,cap.24.num.198.*Fussar.*quæst.346.n.44.*

99 ¶ Lo otro. Porque de que el fundador hablasse, y sintiesse en dichas palabras, ibi: *Y si Bernardino mi hijo falleciere sin dexar, ni auer hijo varon, ni descendiente de tal hijo varon: en tal caso aya el mayorazgo qualquier hija de Bernardino*, de varon agnato, y no del que prouiniere de hembra. Patet ad oculum.

100 ¶ Pues en los primeros llamamiētos dixo, ibi: *Suceda Bernardino de Tapia, y despues dèl su hijo varon mayor, y en fallecimiento del hijo mayor del dicho Bernardino, aya, y herede el otro hijo segundo siguiēte, si del primero no quedare hijo varon, y en falta del segundo, los aya el tercero, y assi todos los otros hijos de Bernardino, hasta venir en el menor de edad en falta de los mayores de dias.*

101 ¶ Que son expressos a fauor de todos los hijos varones de Bernardino, sin hazer mencion en ninguno de hembra, para que della prouiniesse descendencia, antes auiendo vsado de la palabra, *varon*, fue visto excluirlas, *l.1.C.de adult.l.1.*vbi scribentes *de legib.cap.Raynaldus,*verb. *si absque masculis, de testam.*vbi glos. Bald. *in l.maximum vitium, C.de liber.præter. num.2.*vbi inquit: *Vocatio virorum habet duo capita, vnum inclusiuum virorum, aliud fœminarum exclusiuum.* Bart. *in l.2. §.videndum,nu.2.ff.ad Tertul.*Iass.*in l.si quis,ff. de iurisdict. omn.iud.*ibi: *Propter adiectionem masculos, nunquam fœmina continentur.*Peregr.*de fideicomm.artic.25.num.11.& cons.16. num.2.vol.1.*Trentac.*de subst.4.part.cap.7. num.9.*Menoch. *præsumpt.85.numer.4.libr.2.*Surd.*cons.564.*Fussar.*quæst.311. num.10.*

num.10.Dom.Molin.*lib*.3.*cap*.5.*num*.3.vbi Add.

102 ¶ Lo tercero. Porque la institucion en quien tomò principio, y los substitutos siguientes fueron varones agnatos, y muchos los llamamientos, ibi: *En el hijo mayor, y no teniendole, passe al segundo, y luego a el tercero, y a los demas varones que tuuiesse*: conque se deue presumir auerlo hecho con animo de conseruar en ellos su agnacion, & per consequens, no comprehender a los varones de hembras.

103 ¶ Sic ex Ricard. de Molen. quem refert, & sequitur Ioan. Andr. ad Specul. *tit. de testam. in rub. col. fin.* Tiraq. *de primogen. quæst.* 12. *num.* 12. vbi ex mille sexcentis Menoch. *cons.* 172. *num.* 12. *lib.* 2. Frãc. Marc. *decis.* 546. *num.* 71. *part.* 1. Surd. *cons.* 316. *num.* 6. vers. *Secundo clara est decisio*. Peregrin. *de fideicomm. art.* 26. *num.* 15. vers. *Et testatur.*

104 ¶ Rustic. *in l. cum auus, lib.* 6. *cap.* 16. *num.* 10. *vsque ad* 23. *ff. de condit. & demonstrat.* vbi concludit: *Quod à regula proposita in consulendo, & iudicando recedendum non est, & potissimo fundamento, testator enim masculinam qualitatem considerando, agnationis fauorem respexisse censetur.*

105 ¶ Crassus *in §. fideicomm. quæst.* 12. Font. *de fideicomm. cap.* 21. *numer.* 38. Sim. de Præt. *libr.* 3. *interp.* 3. *solut.* 13. *num.* 3. Thesaur. *decis.* 96. *num.* 27. Giurb. *decis.* 32. *num.* 14. Ludouis. *decis.* 514. *numer.* 9. Anton. Belon. *cons.* 73. *numer.* 16. ibi: *Primus enim casus est, quando tractamus de patre, qui primordialitèr instituit filium, aut nepotem ex filio, vel de fratre, qui primordialitèr instituit fratrem, aut nepotem ex fratre, & tunc verum est, si fiat mentio de descendentibus masculis, non venire masculos ex fœminis, sed tantum masculos, ex masculis, quia cũ is. qui primordialitèr fuit vocatus, sit de agnatione, censetur testator nominasse masculos ad hoc, vt bona in agnatione conseruentur.*

106 ¶ Trentac. *de substitut. part.* 4. *cap.* 7. *num.* 10. ibi: *Quando substitutus est de agnatione testatoris, in hoc casu intrepidè concludes, nepotem ex filia fœmina non comprehendi, sub illis verbis, si sine filijs masculis decesserit.*

107 ¶ Resueluen lo proprio Autores de nuestro Reyno, Gregor. Lop. *in l.* 3. *tit.* 13. *part.* 6. verb. *mugeres, col.* 7. *circa medium*, vers. *Si verò cõditor maioriæ.* Anton. Gom. *in l.* 40. *Taur. num.* 61. Auend. ibidem *glos.* 9. *num.* 54. *vsque ad* 57. Alvarad. *de coniect. libr.* 2. *cap.* 3. §. 4. *num.* 6. Gutierr. *cons.* 13. *nu.* 8. Dom. Molin. *lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 45. *conclus.* 6. Dom. Castill. *lib.* 2. *cap.* 4. *num.* 80. & *lib.* 5. *cap.* 92. *num.* 2. illic: *Masculinitatis qualitas*

reite-

reiterata, in pluribus substitutionibus, ostendit euidenter, atque indubitanter agnationi fuisse prospectum. Dom. Perez de Lara *de vita homin. cap.* 30. *num.* 96. verf. *Aut vocabit.*

108 ¶ Lo quarto (y vendrà a seruir, no solo de apoyo a las consideraciones antecedentes, pero de declaracion para distinguir la confusion que los llamamiẽtos de varones suele causar.) Que si estos tienen principio en los de hembra, non pro agnatione, sed pro masculinitate erit præsumendum, Castrens. *cons.* 91. *num.* 4. *lib.* 2. Iass. *cons.* 115. *per tot. lib.* 4. Dom. Molin. *lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 48. calidad que falta omnino in presenti, auiendo sido en agnatos, con repeticion dellos, vt toties diximus.

109 ¶ Lo quinto, & notatu dignum. Porque en las vltimas palabras de esta clausula, donde dixo, illic: *Y assi todos los otros hijos, hasta venir en el menor de edad en falta de los mayores de dias*, omitiô el añadir las tan ordinarias, que regularmente se ponen, *de prefiriendo el varon a la hembra*, conque fue visto no querer tuviessen entrada estas, ni su descendencia mientras huviesse varones agnatos que prouiniessen de Bernardino, siendole tan facil, como lo hizo despues en las vltimas clausulas, quando acabados los agnatos diô entrada á las hembras, y varones dellas, *supr. nu.* 7. & 8. ibi: *Prefiriendo el hijo descendiente varon a la hembra.* Et antea ibi: *Prefiriendo el varon a la hembra.*

110 ¶ De que se infiere. Que pues los llamamientos primeros son de los hijos varones del Fũdador, que fueron agnatos, vt notorium est, auiendo en la clausula inmediata proseguido, ibi: *Si Bernardino falleciere sin dexar hijo varon, ni descendiente de tal hijo varon* (vbi notabilis est dictio, *tal*, demonstratiua, del mencionado) licet la palabra, *varon*, simpliciter prolata, sea comprehensiua tambien de los que prouienen por hembra, deue entenderse, y explicarse de los mesmos, y en el proprio sentido q̃ el Fundador les diô, que son de los agnatos.

111 ¶ *L. legata, ff. de supellect. leg. l. quoties, C. famil. hercisc. l. quidam, C. de necessar. hær. inst.* ibi: *Quia semper vestigia sequimur testatorum, l.* 3. *in fin. C. de liber. præter.* Cephal. *cons.* 664. *num.* 46. Paris. 91. *num.* 21. Beroyo 122. *num.* 12. Decian. 7. *num.* 65. Casan. 15. *nu.* 7. Capicc. Latro *decis.* 108. *nu.* 15. Dom. Molin. *lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 47.

112 ¶ Atendiendo al tiempo en que vsô de dicha palabra, *varon, l. si fundus, ff. de euict.* Bald. *cons.* 407. *numer.* 15. ibi: *Quia census verborum, nascitur eodem tempore, cum ipsius verbi prolatione.* Gotofred. *in l. interuenit, de legat. præst. numer.* 1. Socin. Sen. *cons.* 6. *num.* 2. *libr.* 1. Alciat. *in l.* 2. *de V. S. numer.* 30.

Præt.

Præt.*interpret.*1.*lib.*4.*dubit.*9.*num.*35.Mantic.*de coniect. libr.* 3.*cap.*9.*in fin.*Burg.de Paz *in l.*1.*Taur.num.*13.Hond.*conf.*73. *numer.*71.ibi: *Et ideo in testamentis fit interpretatio secundum tempus mortis testatoris, quo tempore eius dispositio perfectionem recipit.*

113 ¶ Conseruando vniforme la voluntad, *l. eum qui,* §.*pro parte, ff. de his quib. vt indig.*ibi: *Nec enim rationem iuris, ac possessionis, varietatem inducere diuisionem voluntatis.* Fussar.*quæst.*403.*nu.*6.ibi: *Quia voluntas testatoris, ita accipi debet, vt sit vniformis, ne diuisio voluntatis cõtingat.* Stephan. Feder.*de qualit. contract. cap.*14.*num.*22.ibi: *Propter vniforme desiderium defuncti, quod omnibus applicatur.* Mantic. *lib.* 11. *tit.*23.*num.*15.Dom.Castill.*lib.*5.*cap.*181.*num.*10.

114 ¶ Sin que el accidente que despus sobrevino de faltar los agnados, varie el sentido propio que a el principio recibiô dicha palabra, *varon*, por aplicarlo a los cognados, de quien entonces el Fundador no pensò, *l. eum qui edes, ff. de vsucap.* Bart. *in l. Lutius, num.*12. & *in l. Centurio, ff. de vulg. num.*5. Alciat. *in l.*2.*num.*3.*de V.S.*Bald.*conf.*407.*num.*14.ibi: *Neque mutatur census testatoris, licet postea mutetur dispositio.*

115 ¶ Hond.*conf.*73.*num.*71.ibi: *Quia interpretatio verborum, non potest fingi post actum perfectum, & sic inspecto tempore futuro, cum diuinare non poterit disponens, quod illa significatio variaretur, quia futurum est incertum, & soli Deo cognitum, ergo voluntas testatoris sua mente confirmata, interpretatur iuxta tempus suæ dispositionis.*

116 ¶ Surd.*conf.*308.*numer.*15.ibi: *Et vna atque eadem dictio, MASCVLIS, non debet diuerso iure censeri, vt vno modo includat masculos ex masculis, & alio modo includat masculos ex fœminis.*

117 ¶ Optimè, en terminos indiuiduales Aldrouand. *conf.*4.*nu.*15.ibi: *Quia Donator exprimendo descendentes masculos, & habendo respectum ad agnationem, intelexit de masculos, ex masculis, igitur verba eius, non possunt recipere alium intelectum ex post facto; cum interpretatio verborum iam facta repugnee, neque hoc in venimus decissum, aut declaratum.* Et infra: *Quia in puncto mortis, fit interpretatio testatoris, quæ semel facta, non variatur sicuti variaretur in casu nostro, in quo postquam per multorum annorum spatium, & successorum gradus, verba illa descendentibus masculis interpretata fuissent pro descendentibus ex masculis, variaretur postea, & ex tempore pinguiorem interpretationem acciperent.* Idem, *conf.*5.*nu.*11. & 31. & *conf.*6.*n.*40.

118 ¶ Gabriel *conſ.116.num.26.lib.2.* ibi: *Quando ex teſtamento apparet, quo modo teſtator aliquod verbum acceperit, eodem modo cenſetur acceptum in alia parte. Bart. in l. centurio, de vulg. num. 27. ibidem Ripp. num. 24. Fulgoſ. conſ. 43. col. penult. in fin. Et cum clariſſimum ſit, prætuliſſe agnatos maſculos deſcendentes, ex maſculis, per lineam maſculinam, maſculis deſcendentibus ex fœminis, & ad excluſionem deſcendentium ex maſculis ſub conditione non comprehendi maſculos ex fœminis, ſed ſimiles agnatos maſculos dicendum eſt, eiuſdem generis maſculos, eſſe in conditione poſsitos, ad excluſionem filiarum propriarum, & deſcendentium ex eis: ſiquidem nulla ratio afferri poteſt, cur ſignificatio verborum ſecundum, quam prolata ſunt ab initio immutentur. Alex. Raud. conſ. 35. numer. 82. lib. 1. Pereg. 69. à num. 1. libr. 3.*

SEGVNDO FVNDAMENTO DE don Eſteuan.

119 ¶ Dize tambien, que pues ay llamamientos de hembras, y varones dellas, ſe deuen tener por de maſculinidad, antes q̃ de agnacion, vt ex multis Dom Larrea *deciſ. 54. num. 5. part. 2.* A que ſe ſatisface.

120 ¶ Que la agnacion ſe puede conſiderar de dos maneras, ò abſoluta, y perpetua, reſpeto de todos los ſuceſſores, lo qual no conviene con nueſtra eſpecie, ni lo pretenderâ la otra parte, por faltarle la calidad de agnato.

121 ¶ O limitada à ciertas, y determinadas perſonas, y grados, lo qual pueden muy bien hazerlo a ſu voluntad los fundadores ſin impedimento alguno, ſicuti in caſu Curt. iun. *conſ.* 113. *num.* 14. *lib.* 2. Crauet. 800. *num.* 12. *lib.* 5. Dec. 370. *num.* 3. Pariſ. 44. *num.* 16. Cephal. 251. *num.* 48. Hond. 8. *num.* 58. *vol.* 1. Gabr. 116. *num.* 13. ibi: *Neque dici poteſt rationem agnationis non eſſe habitam ea ratione, quod poſt extinctos omnes deſcendẽtes maſculos, vocatæ ſint filiæ teſtatoris, vel teſtatricis, aut illarũ nepotes dummodo inſtituti ſint, & ſuſtituti agnati maſculi teſtatoris.*

122 ¶ Gerard. Mazol. *conſ. 6. num. 9.* illic: *Et reſpondeo formalitèr, quod filia fuit vocata demun deficientibus omnibus filijs, & ſic vbi agnatio filiorum fuit extinta; etiam clarum eſt, quod poſt finatum agnationem filiorum, vocando fœminam, in ratione eius, non reſpexit agnationem, quæ per filiam non conſeruatur, ſed ante finitam agnationem filiorum maſculorũ, & ante vocationem filiæ bene conſiderabit conſerbari agnationem.*

Mantic.

123 ¶ Mantic.*lib*.11.*tit*.14. *num*.40. Menoch.*præſ*. 85.*num*.20.*lib*.3.Molin.*de rit.nup.lib*.3.*cap*.24.*num*.147.Fuſſar.*quæſt*.438.*num*.15.& 459.*num*.108.& 480.*num*.20. Peregrin.*de fideic.art*.25.*num*.26.ibi: *Neque enim inconuenit, vt ratio agnationis videatur habita, quo ad certas perſonas, & quoad certos gradus*, Fuſſar.*quæſt*.499.*n*.22.& 23.

124 ¶ Y eſto es lo que quiſo el fundador, ſiquidem, deſpues de los llamamientos de todos los hijos varones de Bernardino dixo: *Que ſi falleciere ſin dexar hijo varon, ni deſcendiente de tal hijo varon, ouieſſe eſte mayorazgo qualquiera hija legitima, que el dicho Bernardino dexare.*

125 ¶ Et ſic, no ſolo no quedò deſtruyda la voluntad de agnacion, que tratò de conſeruar en los tales hijos, y deſcẽdientes varones de Bernardino, con el llamamiento de la hembra poſterior, antes ſi, la afiançò, para que verificandoſe la condicion con la muerte del vltimo agnato (que fue el ſeñor don Luys) ſucedieſſe la hembra, que es doña Maria Clara ſu hija. Aſsi lo aſſientan los DD. proximẽ adducti, y ademas.

126 ¶ Petr.Surd.*conſ*.316.*n*.11.ibi: *Et quauis teſtator in defectu maſculorũ, vocauerit fæminas, nõ tamẽ per hoc negari poteſt, quin ſui agnationi proſpicere voluerit, quia donec extant maſculi ex Alexandro filio, voluit eos ſuccedere, & excludere fæminas, atque ita ſuam agnationem voluit in ſuis deſcendentibus conſeruare, ceſante autem ſua linea maſculina, tunc fæminas à ſe, & filijs deſcendentes prætulit fratribus, bene verum eſt, quod non proſpexit ad vniuerſam agnationem, ſed ſolum ad ſuam lineã, & non eſt mirum, nec nouum, quod in vno caſu ſtatutum admitat fæminas, & in alijs agnationem conſideret.*

127 ¶ Greg.Lop.*in l*.3.*tit*.13.*part*.6.verb.*mugeres*. Mier.*de maiorat*.2.*part.quæſt*.6.*num*.65.ſupponit Dom. Molin.*lib*.3.*cap*.5.*num*.50.verſ. *Ex quibus infertur*. Donde poniẽdo por regla, que contra la agnacion abſoluta es preſuncion fuerte el llamamiento de hembras la limita, ibi: *Secundo, quod cenſeatur conſideratio agnationis, quoad ſolas perſonas vocatas, nõ autem vt ex earum vocatione poſsimus eam diſpoſitionem ex ratione conſiderationis extendere ad alios non vocatos.*

128 ¶ Salaz.*de vſſ. & conſuet.cap*.12.*num*.64. Alvar. *de coniect.lib*.2.*cap*.3.§.4.Garc.*de nobil.in diuiſ.oper. num*.33. Gutierr.*conſ*.13.*num*.23.& 35.Dom.Perez de Lar.*de vit.hom. cap*.30.*num*.114.Mier.*dict.quæſt*.6.*num*.42.Dom.Caſtill.*lib*. 5.*cap*.92.*à n*.4.*cum ſeq*.

129 ¶ Add.ad Dom.Molin.*dict.lib*.3.*cap*.5.*num*.50.

vbi post plurimos, quos congerit, inquit in hæc verba, ibi: *Primus casus est, quando prius vocantur masculi, & eorum descendentes masculi, & posterius indefectum omnium masculorum, fœminæ vocantur, in qua specie præscripta est agnatio in masculis, & eorum descendentibus masculis, neque restringi debet per vocationem fœminarum postea factam.*

130 ¶ Dom. Vel. *dissert. 49. num. 70. & 71.* ibi: *Sic, & eadem ratione, si maioratus limitata sit agnationis, masculis omnibus agnatis deficientibus in linea, vel lineis, in quibus tantum fœminis exclusis vocati sunt, succedere debeat fœmina agnata, quæ vltimo possessori proximior reperiatur; ne & hic illud absurdum eueniat, quod cum ipsa aliàs succedendi capax sit, solaque ex ea linea proximior supersit, ratione infirmioris sexus excludatur, siue à masculo cognato remotiori eiusdem lineæ, siue etiam ab agnato alterius.* Et prosequitur videndus, conque satis remanet responsum huic opositioni.

TERCERO FVNDAMENTO contrario.

131 ¶ D. Estevã representa mas, y dize, que en la clausula immediata à la antecedente, supr. *num.* 5. puso el fundador: *Que si por caso no dexare el dicho Bernardino hijo varon, y dexare nieto varon, descendiente de hijo de legitimo matrimonio nacido; que en tal caso aya el mayorazgo el tal nieto, ò descendiente legitimo del dicho Bernardino de Tapia.*

132 ¶ En cuya palabra: *nieto varon descendiente de hijo legitimo*, quiere comprehenderse, por serlo, aunque de hembra, ex iuribus supr. relatis. A que respondemos, multipliciter, & concludenter.

133 ¶ Tùm. Que esta clausula, fue solo para aduertir, q̃ si Bernardino ouiesse tenido hijo varon, y este muriesse en su vida, dexando hijo (que era nieto del Bernardino) ouiesse el mayorazgo, antes que otro hijo suyo, lo qual fue mirando a la represen tacion de la *l. 40. de Toro*, y para quitar qualquiera duda que mouiesse. Y siendo disposicion limitada, à este caso, no deue extender se a otro diuerso, ad text. *in l. atque venditio, ff. de condit. & demonstr.* cum vulgatis,

133 ¶ Tùm. Porque el nieto varon, de que aqui haze mẽcion, es sin disputa agnato, como se demuestra de los fundamentos que dexamos aduertidos *à num.* 100. *vsque ad* 130. Y por las palabras que estàn al fin de esta clausula, ibi: *Con las firmezas, y condiciones que el dicho Bernardino de Tapia, prefiriendo el mayor*

yor de dias al menor, sin añadir a la *hembra*, que es lo mesmo que puso en los primeros llamamientos supr. *nu.* 3. *&* 4. & animaduertimus, *n.* 109.

135 ¶ Tùm. Y lo que dexa el punto sin linage de duda: Porque luego se sigue estar llamados los varones de hembra, ibi: *Y no dexando descendiente de descendiente varon, que lo aya el hijo varon de la hija del dicho Bernardino de Tapia.*

136 ¶ Et sic, no es possible, que en el llamamiento inmediato antecedente, ni en los de hijos, nietos, y descendientes varones de Bernardino, estuviessen comprehendidos, los varones de hembra duplici ratione.

137 ¶ Vna. Por tenerlo especial posterior en este lugar, y asi no es visto comprehenderse en el anterior de los agnados, *dict. l. coheredi, §. qui pater, ff. de vulg. l. quæsitum, §. idem, ff. de fund. instruct.* ibi: *Namque hic excipi non potest videri de cæteris rebus quæ in ea essent censisse, l. cum in testamento, §. cum tres filios, ff. de hered. inst.* & alijs iuribus supr. relatis.

138 ¶ Gabr. *cons. 69. num. 3. vol. 2. & cons.* 116. *num.* 24. illic: *Quia textatrix, extinctis descendentibus masculis vocauit filias proprias, & post ipsas illarum filios masculos.* Et iterũ, ibi: *Vnde planum sit, in conditione si sine filijs masculis decesserit, non contineri masculos descendentes ex filia.* Dom Molin. *lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 55. vbi Add. multos adducunt Casanat. *cons.* 19. *n.* 1. Mier. 2. *part. quæst.* 4. *illat.* 8. *n.* 15.

139 ¶ Dom. Larrea *decis.* 54. *nu.* 17. ibi: *Deinde, quia & si prædicta non procederent, nõ potuit in hoc casu admitti, Ioannes nepos ex filia, generali descendentium appellatione, nam & si vniuersali masculorum substitutioni admittendus esset masculus ex fæmina, id non procederet, quando testator separatim fæminas, & eius masculos vocauit.* Et iterum ibi: *Vnde cum speciali substitutione de fæminis, & illarum masculis disponeret in sequentibus substitutionibus, non potuerunt comprehendi in prioribus.*

140 ¶ Y la otra, y mas cõcluyẽte. Porque la substitucion sea, y deue formar de dos sujetos diuersos, vno el actiuo, que ha de gozar por su vida, y restituir despues, y otro el passiuo, a quien ha de hazer transito la succession. Bart. *in l.* 1. *num.* 17. *ff. de vulgat.* Boer. *decis.* 38. *num.* 12. Mandel. *cons.* 171. *num.* 8. *vol.* 1. Hipp. Rim. *cons.* 671. *nu.* 57. *vol.* 6. ibi: *Qualibet substitutio habet duo extrema, vnum quod refertur ad eum cui substitutio fit; aliud, quod refertur ad eum, qui substituitur, primum semper est negatiuum, secundum verò extremum semper est affirmatiuum, sex positiuum.*

141 ¶ Conque. Si los varones cognatos estuvieran comprehêdidos en dichas clausulas anteriores, dieramos que vn mesmo sujeto era el instituido, y êl despues del substituydo, y que estaua sostituydo a si mesmo, quod esse non potest, neque iura patiuntur, sicuti in terminis notant Socin. Iun. *cons.* 108. *nu.* 23. *lib.* 2. Rim. Iun. 146. *num.* 38. Gabr. 116. *num.* 24. *vol.* 2. Menoch. 328. *lib.* 4. *n.* 9. ibi: *Quod cum non potest vna persona, esse agens, & patiens, non potest considerari, tanquam agens ad exclusionẽ sui ipsius, & tanquam patiens, vt excludatur à se ipso.*

142 ¶ Surd. *cons.* 573. *num.* 33. ibi: *Quia si masculi ex filiabus vocantur omnibus supra dictis masculis deficientibus, non enim possunt simul stare, quod defecerint, & quod succedãt, fatendum est itaque, quod alij sint masculi, qui debent deficere, vt descendentes filiarum succedãt, alij vero, qui debent succedere, defectus namque supponit mortem, & successio supponit vitam, mors autem, & vita esse non possunt, in eodem subiecto, tamquam contraria, sed mutuo se expellunt.*

143 ¶ Probant etiam Sesse *decis.* 254. *n.* 77. & 79. Rota diuers. *part.* 1. *decis.* 374. *num.* 6. ibi: *Nisi velimus dicere, quod hæc, eadẽ excludunt substitutos, & eisdẽ, quos excludunt substituantur.* Fussar. *quæst.* 311. *n.* 37. & *quæst.* 402. *num.* 115. Mier. 2. *part. quæst.* 6. *num.* 63. que son satisfaciones induvitables.

QVARTO FVNDAMENTO DE don Esteuan.

144 ¶ Consiste, pues, este en querer introduzir su llamamiento, en fuerça, de esta vltima clausula *supr. num.* 7. illic: *Y no dejando descendiente de descendiente varon, que lo aya el hijo varon de la hija de Bernardino de Tapia*, donde expressa mente lo esta, el varon de hembra.

145 ¶ Pero lo excluymos. Lo vno, conque lo condicional de este vltimo llamamiento fue, para en caso de premorir hijo varõ de Bernardino de Tapia, dexãdo nieto para la representacion, como aduertimos, supr. *a num.* 133. en que no estamos, ni se verificô: & sic no deben convenirle sus palabras, *l. si verò, §. de viro, ff. solut. matr. l. si seruo, §. non dixit Prætor. ff. de adq. hær. l. si furiori, C. de nud. auth. de non. elig. sec. nub. §. cum igitur*, Tiraq. *in si vnquam, verb. libertis, à num.* 2. *C. de reuocand. donat.* Alvar. Valasc. *consult.* 5. *tom.* 13. *n.* 1.

146 ¶ Lo segundo, y principal. Porque el llamamiento del hijo varon de la hija, está dos clausulas posteriores a la en que se halla llamada, *la hija de Bernardino de Tapia*, vt videre est su-

pr.*num*.6.que ajustamos comprehenderâ doña Maria Clara,supr.*in* 4.*art*.

147 ¶ Y siendo,aquel anterior debe preualecer,sustentarse,y tener execucion efectiua en la susodicha,sin dar lugar, ni entrada â el posterior del hijo varon de la hembra, de que se vale don Esteuan,*l.equissimum,§.si prius,ff.de bonor.poss.secun.tab. & §.difertur*,ibi: *Et per seruum,substitutos admittimus, primò gradu,antem scriptos accipere debemus omnes,qui primò loco scripti sunt,l.si filius qui patri,§.cum filius,ff.de bon. libert.* ibi: *Et sine dubio,qui sequentis gradus sunt,non admittuntur interim,l.1.§.si intra,ff.de succes.edict.* illic: *Si mortus sit prior, statim sequens debet admitti,l.heredes mei,§.peto,ff.ad Trebel.* sic: *Propter gradus fideicommissi præscriptos,l.cum ita legatur,§.in fideicommisso,ff.de leg.2.*ibi: *In fideicommisso, quod familiæ relinquitur hi,ad petitionem eius admitti possunt, qui nominati sunt,aut post omnes extinctos,&c.* Et ibi Gloss ordinaria.

148 ¶ Mantic.*de coniect.lib.12.tit.fin.num.*18.Surd. *cons.*125.*à num.*16.*lib.*1.Menoch.*cons.*200.*ex nu.*20. Cephal. *cons.*251.*num.*18.Pereg.*art.*19.*num.*22.Dom.Molin.*lib.*1.*capit.*4.*num.*33.Dom.Castill.*lib.*5.*cap.*92.*num.*4.& iterum, *nu.* 17.*& tom.*6.*cap.*166.*ex num.*26.

149 ¶ Quod in tantum procedit, que aunque sean de mas remotas lineas los llamados,antes,deuen preferirse a los mas cercanos,sicuti ex multis Dom.Castill.*ex dict.cap.*90. *num.* 17. ibi: *Sic etiam regula eadem non procederet, quando reperirentur aliqui,specialiter vocati,quia hi præferentur, & si sint remotioris lineæ, & gradus,nec regulæ linearum, & graduum locum obtinent,quia specialis vocatio, & clara disponentis voluntas,id excludit.* Et postea illic: *In eo autem conueniunt omnes,nominationem, atque specificationem personarum, tribuere nominatis ius prælationis, & præcedentiam.*

150 ¶ Add.ad Dom.Molin.*lib.*1.*cap.*4.*num.*33.ex Paris.*cons.*374.*num.*49.Mantic.*lib.*8.*cap.*18.*numer.*49.Peralt.*in rubric.C.de hær.inst.num.*108.Fussar.*quæst.*359.*à num.*1.*cum seq.*idem affirmat.

151 ¶ Nam eo ipso,que los hijos varones de las hembras estan despues llamados,no deben admitirse, si no es en caso de no auer hija del vltimo posseedor,que lo es doña Maria Clara,ô faltãdo esta sin dexar sucessión,*dict.l.cum ita legatur, §. in fideicommisso,ff.de legat.*2.Dom.Couarr.*pract.cap.*38.*nu.*10.ibi: *Nam secundo genitus,censetur vocatus post primogenitum, & eius liberos, vel primogenito mortuo,absque eius liberis.*

Dom.

152 ¶ Dom.Castill.*lib.5.cap.146.num.44.*ibi: *Et verè, secundo loco vocatus, aut specifice substitutus, non simpliciter, sed conditionaliter ad successionem inuitatus censetur; casu scilicèt, quo ex primo loco vocati, non extent filij, vel descendētes; aut si extitissent, tunc deficeret.* Et postea, ibi: *Et quemadmodum, institutor maioratus, magis pradilexisse præsumitur, eum, eos ve, qui primo loco ad successionem ipsam vocauit, quam eos quos postmodum sostituit, ita quoque, præsumendum est, quod eiusdem primo loco vocati filios, & descendentes magis dilexerit, & præferre voluerit, secundo, aut tertio; vel vlterioribus vocatis.*

153 ¶ Tenent etiam Sim.de Præt. y otros a quien refiere Mier.*in initio,2.part.num.*340. Tib.Decian.*cons.*63.*nu.*20. *lib.*2.Casan.*cons.*3.*num.*29.& ipsemet Castill. *lib.4. cap.91.ex num.*8.

154 ¶ Lo tercero. Y no despreciable, antes si, en confirmacion, y apoyô del antecedente, y prelacion que auia dado à las hembras. Porque este llamamiento del varon de hembra esta cōcebido por estas palabras, ibi: *Y no dexando descendiente de descendiente varon, que lo aya el hijo varon de la hija.*

155 ¶ Donde, no puso en condicion descendiente varō, no, sino descendiente, de descendiente varon, en cuya palabra, *descendiente,* nihil dubij, el comprehenderse, la hija, nieta, ô viznieta del hijo varon de Bernardino, la qual tiene antelacion conocida al hijo varon della: ad tex. *in l. sæpe, C. de legitim. hered.* ibi: *Nepotibus, vel pronepotibus cuiuscumque sexus, gloss. vulg. verbo, nam etsi,* vbi Bald.Castrens. Alex. Aretin. & alij, *l. si quis ita in princ. ff. de testam. tutel. l. si ita sit scriptum 45. vers. nam si ita, ff. de leg.2. l. qui duos 62. l. legatis 65. §. equis, l. seruis legatis 81. l. Lutius Titius 93. §. quæsitum, ff. de leg.3.* Iass. *in l. Gallus, §. nunc de lege, ff. de liber. & posthum.* vbi Alciat. *num.*14. Barbos. *appellat.56. num.1. & appellat.70. num.9.* Aluar. *axiom. iur. lit. M. num.45.*

156 ¶ Lo quarto. Porque en este llamamiento, illic: *Y no dexando descendiente de descendiente varon, que lo aya el hijo varon de la hija de Bernardino, y en defecto de varon la hembra, prefiriendo el hijo descendiente de varon a la hembra:* no formô sucessiō extraordinaria, ni irregular, a favor de los varones transuersales, para que excluyessen a las hembras de mejor linea, no, si no quiso lo mesmo que las leyes, y regla elemental, y sugeta materia de los mayorazgos de España disponen, que es, dar prelacion a los varones, estando en vn mesmo grado, y siendo de la propria linea que las hembras.

157 ¶ Ad text. *in dict. l. 2. tit. 15. part. 2.* illic: *E si hy, si jo varon non ouiesse la fija mayor heredasse el Reyno*: palabras que tambien repite la *l. 2. tit. 18. part, 3.* Dom. Molin. *lib. 1. cap. 3. nu.* 12. Add. *lib. 3. cap. 5. num. 7.* & iterum *num.* 71. vers. *Et hoc est,* ibi: *Neque ideo, quia vocatur filius masculus, vel nepos masculus, vel pro nepos masculus, dicuntur fæminæ exclusæ, eo quod testator exprimat qualitatem, quæ debebat inesse in eis si essent filij, nepotes, vel pro nepotes. Vnde vocatio masculorum, hoc modo facta, non intelligitur ad exclusionem feminarum, sed ad prælationem masculorum in eadem linea, & gradu.*

158 ¶ Tum. Et quod magis est, quando estuvieran excluidas generalmente las hembras mientras huviera varones que pudiessen suceder (quod abest in præsenti, pues se hallan tantos llamamientos dellas despues de los agnatos) adhuc, se deue entēder en la forma dicha, scilicêt, *siendo eiusdemmet lineæ, & gradus, los tales varones*, concluyenlo en terminos indiuiduales muchos, como son.

159 ¶ Surd. *cons.* 319. *num.* 11. ibi: *Addo ego, quod si in aliqua dispositione fæminæ excludantur propter masculos, tamē id semper est intelligendum de masculis in æquali gradu constitutis, non tamen de remotioribus.*

160 ¶ Et ex Bald. *cons.* 272. *item non est verum*, & alijs quam plurimis Dom. Molin. *lib. 3. cap. 5. numer.* 71. ibi: *Decima quarta conclusio, quod quoties maioratus institutor generice, & absolute; fæminas propter masculos à maioratus successione exclusit, neque se illas propter masculos remotiores excludere velle adiecit, ea exclusio propter masculos eiusdem lineæ, ac gradus, non autem propter remotiores intelligenda est. Ita ut masculo eiusdē gradus, & lineæ deficiente, fæmina in eius defectū ab huiusmodi maioratus successione admittenda sit, ac si nihil peculiare hoc à maioratus institutore dispositum fuisset.*

161 ¶ Burg. de Paz *in proem. leg. ura Taur. à num.* 121. *& cons.* 29. *num.* 41. ibi: *Quia etiam quando masculi ad successionem, exclusis fæminis admittuntur, intelligendum est, cū masculus, & fæmina in eodem gradu sunt, non vero si fæmina sit vltimo possessori proximior.*

162 ¶ Auendañ. *in l. 40. Taur. gloss. 9. num.* 32. donde apoyando con muchos fundamentos esta doctrina; concluye in hęc verba: *nu.* 34. *Tamen, vbicumque filius masculus vocatur, & statuto, pacto, aut conditione fæmina pœnitus, & omni casu, & gradu propter masculum remotiorem no excluditur, non omnis masculus eam excludit à primogenijs, sed is tantum, qui eiusdem lineæ, & gradus est.*

163 ¶ Gasp. Ant. Thes. *quæst. for.* 12. *num.* 47. ibi: *Et sic etiam in casu vbi filia est simpliciter exclusa, adhuc admittitur, quando non superst masculus eiusdem gradus, cum agitur de primogenirura ad exclusionem secundi geniti.*

164 ¶ Ioan. Gut. *cons.* 13. *per tot.* videndus, præcipuè, *n.* 24. donde pone a la letra las palabras del señor Molina, y prosigue, sic: *Sed in proposito expresse sunt vocatæ fœminæ in defectu masculorum, neque est expressum, neque tacite sub intellectum, vt masculi remotiores excludant fœminas propinquiores, igitur manifestissima est iustitia filiæ maioris, maioratus aduersus patruum suum magnum.*

165 ¶ Aluarad. *de coniect. libr.* 2. *cap.* 3. §. 4. *num.* 31. *in med.* ibi: *Quod quoties maioratus institutor generice, & absolutè fœminas propter masculos à maioratus, vel fideicommissi successione exclusit, nec se illas propter masculos remotiores velle ex cludere adiecit: talis exclusio propter masculos eiusdem gradus, & lineæ, non autem propter remotiores intelligenda erit, maximè si agatur de exclusione filiarum à testatore linea recta descendentium; quia tunc odiosa sit exclusio.* Et prosequitur en los numeros siguientes con muchos, y graues fundamentos dignos de releerse.

166 ¶ Ior. Caued. *decis.* 228. *part.* 1. en mayorazgo, con clausula expressa, *de que no sucediessen hembras*, dize auerse decidido a fauor de la hija de el vltimo posseedor contra su tio, herma no del padre, ea ratione, ibi: *Quod cum testator per verba generalia fœminas propter masculos exclusit a successione maioratus, ne que adiecit expressim, se illas propter masculos remotiores excludere, vel declarauerit, intelligendum est exclusisse fœminas tantum propter masculos eiusdem lineæ, & gradus no autem propter remotiores.*

167 ¶ Gamma *decis.* 355. donde siendo el llamamiento, ibi: *De guisa, que en quãto huuiesse varon de nietos, ò de otros descendientes de mi, sucedan primero que no muger.* La resoluciõ fue, ibi: *Quia verba illa, en quanto huuiere ascendientes de mi, non possunt intelligi de descendentibus vniuersaliter omnium linearum; sed secundum subiectam materiam; intelligi debent de descendentibus illius lineæ, per quam discurrit successio, nam sequeretur ex tali interpretatione, maximum inconueniens, vt videretur testator plus dilexisse, transuersales, quam descendentes illius lineæ in quam intrabit successio.*

168 ¶ Dom. Castill. *tom.* 6. *cap.* 143. §. *vnic. per tot.* pręcipuê *à num.* 5. *cum seqq. omnino videndus*, Dom. Perez de Lara

de

*de vita hominis,cap.*30.*num.*96.*in fin.*verſ.*Et vocabit aliquos maſculos filios.*

169 ¶ A que ſe añade en confirmacion de eſte ſentir la ponderacion,ſacada de lo que ſe ſigue inmediatamente,ibi: *Y en defecto de varon la hembra,preſiriendo el hijo deſcendiente varon a la hembra*,cuya palabra,*prefiriendo*,tantum diſtat, que las excluia,que antes fue llamarlas expreſſamente,*l.cum filius,*§.*pater cum filia,ff.de leg.*2.*l.*2.§.*ſi mater,*verſ.*Cum enim eſſet prælatio,ff.ad Tertil.*§.*præferuntur autem, Inſt.eodem,l.*3.§.*poſſe*,ibi: *Et præferre filio nepotem; de aſsign. liber. l. Lutius* 85. *de hered. inſt.*ibi: *Non enim ſolum fratrem prætulit ſubſtitutis, ſed eius liberos, Auth.ceſſante,C.de leg.hered.*ibi: *Et quidem fratris filius,licet tertio gradu ſit,præfertur fratribus defuncti*,Dom.Molin.*lib.*2.*cap.*17.*Epiſt.*1.ibi: *Nota,quod ſi maſculus in iſtitutione maioratus præfertur fæminæ, eo ipſo fæmina admiſſa cenſetur.*

170 ¶ Y ſon correſpondientes a mayorazgo regular,por cuya cauſa aconſeja el ſeñor Molina,no ſe pongan quando ſe trataren de excluir hembras,*lib.*2.*cap.*17.*núm.*1.donde deſpues de auer pueſto los llamados de varones agnatos dize: *Pero faltando todos los varones deſcendientes ſuyos por linea de varones, tiene por bien,que ſucedan en el mayorazgo las hembras deſcendientes ſuyas,ò los varones deſcendientes dellas,que fueren pariẽtes mas propinquos de el vltimo poſſeedor,ſin que tenga en eſte caſo mas prerrogatiua el varon deſcendiente de la hembra, que la meſma hembra,ſaluo,concurriendo el varon,y hembra en vna miſma linea,y grado,porque entonces ha de preceder el varon,aunque deſcienda de hembra à la tal hembra.*

171 ¶ Sin que embarace eſta reſolucion,ſi ſe le aduirtiere,que en otra clauſula ſupr.num.11.ſe dize: *Es mi voluntad, que venga de vno en otro ſucediendo eſte mayorazgo,de los varones a las hembras,e de mayores a los menores; de manera,que el varon ſiempre ſe prefiera à la hembra, è el mayor de dias al menor.*De cuya palabra *ſiempre* querran induzir llamamiento prelatiuo a fauor de qualquier vàron,licèt, remotioris ſit lineæ,vt notat ex aliquibus Caſanat.*conſ.*53.*à num.*1.*vſque ad* 24.

172 ¶ Porque ſatisfacemos.Lo vno con la clauſula quarta,ſupr.num 6.donde eſtâ el llamamiẽto de la hija mayor de Bernardino,en que doña Maria Clara tiene el ſuyo deſpues de los varones agnatos;y en êl no eſtà la palabra,*prefiriendo*,antes fue abſoluto,y ſin calidad.

173 ¶ Lo otro.Porque en la 6.donde dixo: *Prefiriendo el*

el descendiente varon a la hembra, que vamos explicando; tampoco, adest, la palabra *siempre*. Y solo se halla en la vltima, que es la 10. supr. *num.* 11. que fue general para los que despues de los especificamente llamados huviessen de suceder, & sic, no pudo entenderse, ni hablar (conforme a derecho) con las hembras, que en otra separada anterior, y en oracion perfecta se hallauan llamadas.

174 ¶ Ad text. *in l. ad qua conditio, ff. de cond. & demonstrat.* Bald. *in l.* 1. *C. de leg. her. num.* 2. ibi: *Quando prima clausula habet præcipuam, & specialem determinationem, clausula vltimo posita non refertur ad illam*: Cephal. *cons.* 11. *num.* 16. *lib.* 1. Pereg. *art.* 16. *à num.* 102. Ruin. *cons.* 45. *num.* 5. *libr.* 3. Curt. Sen. *cons.* 63. *num.* 8. ibi: *Secundo, & melius, quotiescunque prima particula habet specialem prouisionem, clausula quantumcunque generaliter apposita vltimo gradui non refertur ad præcedentem.*

175 ¶ Garcia *de nobilit. in diuis. num.* 28. ibi: *Et aduerte, quod clausula in fine posita, non determinat superiora, quæ habet particularem determinationem.* Fussar. *quæst.* 683. *num.* 20. Casanat. *cons.* 50. *num.* 14. Ceuall. *quæst.* 828. *nu.* 119. Add. ad Dom. Molin. *lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 59.

176 ¶ Lo tercero. Porque licet huviesse vsado de dicha palabra, *siempre*, desde el principio (que no lo hizo) todauia no aprouechara à los varones transuersales, remotioris lineæ, porque se auia de entender, illic: *Prefiriendo siempre el varon a la hembra*, hoc est, *siempre que huuiesse varon, eiusdem lineæ, et gradus.*

177 ¶ Sicuti en terminos indiuiduales, ex aliquibus Gaspar Ant. Thes. *lib.* 2. *q. foren.* 12. *c.* 2. *à nu.* 54. ibi: *Itaut masculi semper fæminis præferantur, non respiciunt omnem casum successionis, sed quod semper inter nepotes, & pronepotes, & cæteros descendentes, paci gradu existentes masculus præferatur, non autem si sunt alterius lineæ, aut gradus, & ita in specie primogenituræ, non obstante dictione illa, semper, fæminas proximiores esse præferendas masculis remotioribus, &c.*

178 ¶ Dom. Castill. *lib.* 5. *cap.* 143. §. *vnic. num.* 14. *in fine*, ibi: *Vere namque (prout ego considero, & antea dixi) fæminæ exclusæ per dictionẽ, semper, aut perpetuo, vel aliam similem, dicuntur, & censentur exclusæ, semper, & perpetuo, id est semper, & perpetuo, dum masculi agnati, supersunt, & non vltra. Et præfacæ dictiones ex materia subiecta, non operantur extensiones vltra personas nominatas.*

179 ¶ Menos serà de momento si se hiziere reparo en

la

en la clausula de apellido, y armas: porque tambien manda, que vsen del los que cassaren con las hembras, posseedoras deste mayorazgo, conq̃ las admiten llanamẽte, y son tan capaces para conservar la familia de los Fundadores, como los varones, *l. liberorũ, in fin. ff. de V. S.* ibi: *Etenim idcirco filios, filiasue concepimus, adque edimus, vt ex prole eorum, earumue, diuturnitatis nobis memoriam in æuum relinquamus.*

180 ¶ Et in puncto, para que no embarace la succesiõ a las hembras semejante precepto, Burg. de Paz *in proem. leg. Taur. num.* 111. Auend. *in l.* 40. *Taur. glos.* 9. *num.* 29. Alvara. *de coniectur. lib.* 2. *cap.* 1. *à num.* 23. *&* *cap.* 23. §. 4. *num.* 27. Dom. Molin. *lib.* 2. *cap.* 14. *num.* 8. *&* 9. quem secuntur Patr. Molin. *disput.* 615. *ex num.* 1. Mier. 2. *part. quæst.* 6. *num.* 23. Garcia *de nobilit. in diuis. oper. num.* 42. Dom. Castill. *tom.* 5. *cap.* 136. *nu. num.* 75. *&* *cap.* 160. *nu.* 6. vers. *Hactenus*, Dom. Perez de Lar. *de vit. hom. cap.* 13. *num.* 34. Add. ad Dom. Molin. *dict. cap.* 14. *lib.* 2. *num.* 8. *&* 9. Donde junto otros muchos DD.

181 ¶ Tambien se ponderò de contrario en la Sala à la vista del pleyto, diziendo, que fue tanta la inclinacion del Fundador a los varones, aunque fuessen de hembras, que eviendo llamado *a Iuana Garcia la Rengela su hija*, dixo: *Que quando cassasse a Esteuan Rengel, hijo segundo de la susodicha, le restituyesse el mayorazgo, supr. n.* 8.

182 ¶ Verum ad quid semejante discurso? Quando vemos. Lo vno. Que en la clausula 4. *supr. nu.* 5. dexaua llamãda dispositamente *a qualquiera hija de Bernardino de Tapia*, en que se comprehende doña Maria, ex dictis *supr. in.* 4. *art. à num.* 67. *cum seqq.*

183 ¶ Lo otro, este llamamiento *de Iuana Garcia la Rengela*, fue *en defecto de no dexar el dicho Bernardino de Tapia, hijos, ni descendientes varones, ni hembras, por la orden susodicha, supr. num.* 8. Conque vino à anteponer llana, y lisamente, y sin condiciõ, ni grauamen alguno, a todas las hembras descendiẽtes del susodicho, que esso es lo que obra la palabra en defecto que supone llamamiento, *l.* 1. *C. de in dict. vidu. toll. l. petitiones, C. de aduocat. diuer. iudic. l. vnic. §. vbi autem, &* §. *sin autem ad dificientes, C. de caduc. toll.* Sim. de Prẹt. *de interpret. lib.* 3. *solut.* 11. *num.* 48. Surd *decis.* 37. *num.* 26. Farin. *decis.* 453. *nu.* 2. *part.* 2. Fussar. *cons.* 195. *n.* 30.

184 ¶ Lo tercero. Que el dezir el Fundador, que Iuana Rengela renunciasse el mayorazgo, si llegasse a suceder en êl, no fue por fauorecer los varones, ni en odio de las hembras, no, si no

por causa particular, videlicet, que no se jũtasse su mayorazgo cõ el de Luys de Tapia su yerno, marido de Iuana Rengela, ni se confundiera su memoria. Y asi no llamô a el nieto primogenito, que era lo regular, si no *a Esteuan de Tapia, hijo segundo de la susodicha*, para quando se cassasse *supr. num.* 8. *in medio.*

185 ¶ Y anteponer a el hijo segundo; denota este intento, y conseruar su memoria, Rippa *in rubr. C. de secund. nupt. nu.* 7. Alciat. *resp.* 101. *in fin.* Thesaur. *lib.* 1. *for. quæst.* 34. *num.* 6. Menoch. *cons.* 97. *num.* 90. *libr.* 1. Mieres 2. *part. quæst.* 4. *illat.* 8. *nu.* 25. Dom Castill. *lib.* 5. *cap.* 178. *n.* 35.

186 ¶ Lo quarto. Porque siendo llamamientos diuersos, y separados, deue cada vno guardarse en los tiempos, y para los casos en que lo estân, sin confundirlos, *l. ex facto, §. item quæro, ff. de vulgar. l. tutorum, ff. de administr. tutor. l. æquissimum, §. in primis, ff bonor. poss. secund. tabul.* ibi: *Neque sibi iungetur, cum ad suam quisque causam substitutus sit*; *gloss. in l. qui in futurum, verb. poterimus, ff. de pact.*

187 ¶ Nam ex diuersis non fit illatio. *l. Papinianus exuli, ff. de minorib. l. inter stipulantem, §. sacram.* ibi: *Sed hæc dissimilia sunt*: *ff. de V. O. l. naturalem, §. nihilominus. ff. de adq. pos. l. fin.* & ibi Bartol. *ff. de calumniatorib.* Gratian. *discept. cap.* 516. *numer.* 6. Surd. *cons.* 150. *numer.* 94. Barbos. *axioma.* 114. *per totum.*

SEXTO FVNDAMENTO DE DON Esteuan.

188 ¶ Vltimamente ponderara, que aunque sea cierta la intencion del Fundador, en querer conseruar la agnacion limitada en sus descendientes, auiendo faltado en el señor don Luys, que fue el vltimo agnato, deue antes passar la succession en don Esteuam, por varon, aunque de hembra, que no en doña Maria, q̃ lo es, licèt hija del vltimo posseedor, ad text. *in cap.* 1. *de eo qui sibi, & heredib. suis mascul.* Greg. *in l.* 3. *tit.* 13. *part.* 6. vers. *Quod si in dispositione maioriæ.* Anton. Gom. *in l.* 40. *Taur. num.* 60. Garcia *in diui oper. num.* 32. Pero satisfacemos.

189 ¶ Tûm, que el mismo text. *in dict. cap.* 1. diô prelacion a todos los varones, vtriusque sexus, ibi: *Non enim patet locus fæminæ, in feudi successione, donec masculus superst, ex eo; qui a primus fuit in vestitus*: Sic explicat Bald. *in Auth. cesante, C. de legit. hered. num.* 5. ibi: *Dicas, quod in illo capite, tenor inuestituræ ponebat omnes masculos expressè, quos fæminis præferebat, & ideo, nil mirũ si non est locus fæminæ.* Curt. Iun. *de feud.*

quæst.

*quaest.4.num.*8.Dom.Valenç.*conf.97.num.*115.Dom.Castill. *lib.6.cap.*130.*num.7.*ver.*caeterum.*Cuya circunstancia, tambiē deficit, in praesenti, donde se hallan llamamiētos de las hembras, antes que de varones transuersales.

190 ¶ Tûm. Porque tambien entienden, y explican este *cap.*1.quando el varon, y hembra estan en vn mismo grado, y linea, & tunc, y no de otra manera le dan prelacion á aquel; sicuti cum Bald, Tiraq & alijs Gutierr.*conf.*13.*num.*25.ibi: *Et primò, respondeo, cap. 1. de eo, qui sibi, & heredibus, procedit, quando masculus, & faemina, sunt in eodem gradu, vt constat ex ipsomet textu, nos vero agimus, quando faemina est in proximiori gradu, quam masculus, quo casu limitatur decisio textus in dict. capit.1.*

191 ¶ Tùm etiam. Porque habla en feudos, cuya naturaleza por los seruicios, y obsequios personales, no admite sin mucha dificultad a hembras, *cap.*1.*de success. fratrum, cap.*1.§.*filia, de success. faeudi, cap.*1.§.*hoc autem, qui faeudum dare poss.* Conq̃ no deue aplicarse a nuestros mayorazgos de España, donde son admitidas, y la ley las llama en falta de varones de la mesma linea, y grado, *dict.l.*2.*tit.*15.*part.*2.Dom.Molin.*lib.*3.*cap.*8.*num.*9. Dom.Valent.*conf.97.num.*113. Y tiene otras muchas respuestas que le dan *a dicho cap.*1.Thesaur.*quaest.for.*12.*à num.*32.Dom. Castill.*cap.*130.*n.7.*ver.*ex alio, tom.6.*

192 ¶ Tûm, y sobre todo. Porque auiendo el Fundador antepuesto a los hijos, y descendientes varones agnatos de Bernardino, y en falta dellos, querido sucediesse *la hija* de el susodicho, ex clausula *supr.num.6.* llegô el llamamiento de doña Maria Clara, por hija vnica del señor don Luys, vltimo varon agnato, en fuerça de la voluntad, quae primum locum obtinet in dispositionibus, *ex dict.l.*27.40. & 45.*Taur.* & alijs iuribus supra, & iterum expressê ex Surd.*conf.*316.*num.*1.Greg.Lup.*in l.* 3. *tit.* 13.*part.*6.verb.*mugeres*, & alijs, *à numer.* 126. *cum sequentib. congestis.*

193 ¶ Tûm denique. Porque aun quando el llamamiento no fuesse a fauor de la hembra, sino que estando estas excluidas por los varones agnatos a quien se diô prelacion, dixera, que a falta dellos *succediesse el pariente mas cercano.* Lo cierto, è indubitable es, que deuia anteponerse Doña Maria Clara, como hija del vltimo possedor, por la prerrogatiua de su linea, y grado a D. Esteuan Nicolas, varon cognato, de otra mas remota, siquidem cessò yâ la causa de el impedimento, y suspension de las hembras, & res ad suam pristinam, & regularem successionem reuersa fuit.

194 ¶ *L.inde Neratius,ff.de vsufr.ac res,*ibi: *Ad eam enim partem reddire debet à qua initio diuisus est; & successio forma sua redditur,l.interdum,§.1.de her.inst.*vbi glos.verb.*resoluitur,*ibi: *Voluntatem testatoris in potestatem iuris resolui,l. filium quem pater,ff.de liber. & posth.*ibi: *Non translatus, sed redditus videtur,l.si vnus,§.pactus,ff.de pactis,l.si instituta, l. paterfilium,l.si is qui,ff.de inoffic. testament. l.2.§.si mater ad Turpilian.*ibi: *Cum enim cesset prælatio, matre omittente S.C. beneficio ius succedit vetus,*Bald.*cons.330.num.2.lib.3.& cons. 52.num.fin.lib.*4.Dom.Molin.*lib.6.cap.1.num.22.*

195 ¶ Et in punto Dom.Castill.*lib.5.dict.cap.143.§. vnico,num.*12.ibi: *Sed & alia etiam pro ipsa vltimi possessoris maioratus filia, vel sorore, aut fæmina, ei proximiori, contra masculum cognatum, expendi possunt, & illud quidem, quod multum astringit, quod si in terminis dubij, hactenus propositi, supponimus, semper agnationis rationem præ habitam, siue agnationem considerat am conseruatamque fuisse, eo quidem ipso, atque in necessariam consequẽtiam, masculi omnes cognati, ex fæminis descẽdentes exclusi dicuntur, vtpote cum agnatione considerata, eadem in eis militet, & vrgeat ratio, sicut enim in matre, aut in fæminis, ita nec in filijs, aut masculis fæminarum conseruari potest agnatio.*

196 ¶ Y despues de auer referido muchas autoridades, continua, illic: *Extante itaque ratione, conseruandæ agnationis expressa, vel sub intellecta, verisimum est, sicut fæminas ita, & masculos ab eis descendentes, si non expresse, tacite tamen, atque virtualiter, & velut specifice exclusas manere, quod negari non potest.* Et concludit illic: *Quod si deficiant* (scilicet agnati) *& in dubium reuocetur, quis eorum, an fæmina, an masculus cognatus remotior ad maioratus successionem admittendus sit, cum casus non reperiatur ab institutore decissus, sed omnino omissus, aut forsam, non excogitatus, iuris communis dispositioni, & regulis ordinarijs successionis maioratuum, videtur relictus; vnde, eisdem guuernari, & decidi debet, vt conseruata, scilicet, maioratus perpetuitate fæmina ipsa, vltimi possessoris filia, vel soror, aut ei proximior succedat, vtpote cum eadem proximior gradu sit, atque ita ex regulis omnibus successionis maioratus fundet intentionem suam contra quoscumque contradicentes, & se liti opponẽtes, & sic contra masculos, etiam cognatos remotiores.*

197 ¶ Dom.D.Ioseph Vela *dissertat.49.à num.70.*vbi *num.* 71. inquit: *Sic, & eadem ratione, si maioratus limitatæ sit agnationis, masculis omnibus agnatis deficientibus in linea, vel lineis*

lineis in quibus illi tantum fæminis exclusis, vocati sunt succedere debet fæmina agnata, quæ vltimo possessori proximior reperiatur; ne & hic, illud absurdi eueniat, quod cum ipsa, aliàs succedendi capax sit, solaque ex ea linea proximior supersit, ratione infirmioris sexus excludatur, siue à masculo cognato remotiore eiusdem lineæ, siue etiam ab agnato alterius.

198 ¶ Et prosequitur, ibi: *Tum, contra verosimilem disponentis mentem, qui cessante iã agnationis qualitate ab ipso desiderata proximiori, cuiuslibet lineæ, etiam fæminæ, prospicere magis velle censendus est, quia cessante esclusionis causa, exclusio etiam ipsa censeri debet. Sed etiam contra maioratus naturam regularem, quæ masculis eiusdẽ gradus, ac lineæ deficientibus, fæminas ad successionem admittit, ante quam ad aliam lineã trãsitus fiat, res autem qualibet ad primordialem suam naturam facile reuertitur.*

199 ¶ Concluditque *num.74.* ibi: *Cum enim maioratus limitatæ agnationis institutus fuerit, in lineis quatuor fratuum, qui & ex eis descendentes masculi specialiter vocati sunt, sub apperta. Etiam fæminarum exclusione; masculis omnibus agnatis in lineis illis deficientibus: atque ita, cessante iam agnationis ratione, & ad maioratum ipsum concurrentibus, MASCVLO COGNATO remotiori, & fæmina proximiore, hæc illi necessario præferenda erit.*

200 ¶ Y finalmente. Porque estas doctrinas estan, y se hallan canonizadas con la precmatica del año de 615. quæ est, *l.13.tit.7. libr.5. Recopil.* que dispone, ibi: *Fue acordado, que deuiamos mandar, y declarar, como declaramos, y mãdamos, que las hembas de mejor linea, y grado, no se entienda estar exclusas de la sucession de los mayorazgos, vinculos, patronazgos, y aniuersarios, que de aqui adelante se fundaren, antes se admitan a ella, y se prefieran a los varones mas remotos, assi a los varones de hembras, como a los varones de varones, si no fuere en caso que el Fundador las excluyere, y mandare, que no sucedan, expressandolo, clara, y literalmente, sin que para ello basten presunciones, argumentos, ò congeturas, por precisas, claras, y euidentes que sean.*

201 ¶ Que aunque habla en los mayorazgos, *que de alli adelante se fundaren*, entra por via de declaracion, illic: *Deuemos declarar, y declaramos:* conque mira à quitar dudas. Y la palabra *deinceps*, puede corresponder a las determinaciones que despues de ella se ofrecieren. Et quomodo cumque sit, obligara en fuerça de razon, ô de autoridad, pues ninguna mayor q̃ la de vna ley Real, promulgada por las razones, y causas, que a el principio della refieren.

102 ¶ Sicuti, optimè, & in casu simili, Ant. de Gamm. *decis.51. num.6.* ibi: *Neque obstat, quod dicatur legem illam, non esse extendendam ad præteritas causas; quia lex illa declaratoria videtur iuris du-*

bij antiqui: quo sit, vt etiam præteritos casus comprehendat: vt DD. *aiũt in cap. fin. de constitution. lex enim, declarãs antiqua dubia, nihil agit de nouo. Neque obstat, quod lex loquitur, per verbum, deinceps, illud enim verbum secundum ipsum, referendum est ad sententias non ad causas: idem ingeniose, in hac re dicebat Aluar. Valasc. vt etiam si concedamus legem illam non extendi ad casus præteritos, nos saltem de honestate secundum illam iudicare deberemus casum præteritum, non ex vi legis, sed quia dignum sit, nos eam opinionem eligere, quã lex noua declarat veriorem esse.*

203 ¶ D. Castill. *lib. 4. contr. c. 56. àn. 97.* & iterum *n.* 100. vsque ad finem capitis. Y refiriendolo sobre esta mesma *l.* 13. Mario Cutell. *decis. 40. tom: 2. num.* 88. *in fin. & num.* 89. sic: *Quorum sententia, hodie reperitur canonizata per legem Castellæ promulgatã anno* 1615: *quam refert Castill. lib. 4. controu. cap. 56. n.* 100. *Vbi disponitur, quod in maioribus non censeatur inducta qualitas masculinitatis, ad exclusionem fœminarum, nisi expressè à testatore reperiãtur exclusæ, & quod expressio ista per quam excludantur, sit clara, & literalis, adeo quod nõ sufficiant coniecturæ, & præsumptiones, quamuis apertè claræ, & euidentes extiterint, cuius præmaticæ decisio, ponit in casu nostro, gladium ad radicem, & si dicatur, vt dictum est hanc legem Castellæ, non dare formam fideicommissis Italiæ (cuius Sardiniæ insula portio est) vbi donatio, de qua agimus fuit celebrata, & quod lex noua futuris, non præteritis dat formam negotij. Respondetur. Hanc præmaticam in Castella, non tam noui iuris productiuam, quam veteris interpretatiuam esse: declarat, quippe qualis sit maioratum natura, qualisque opinio sequenda in casu isto, super quo antea aderant opiniones variæ, & per legem Castellæ ob eius authoritatem possunt decidi negocia aliorum Regnorum Coronæ, quando in eis non adest particularis ad rem dispositio.*

204 ¶ De que resulta, que pues no puede auer linage de duda, en que el señor don Luys, en virtud de la carta executoria, fue declarado por legitimo sucessor destos mayorazgos, & per consequens el ser tenido por vltimo posseedor dellos, para regular la bacante, de que oy se trata. Tampoco la puede auer, en que doña Maria Clara su hija vnica, por tantos, y tan vrgentes fundamentos, y cõsideraciones, como dexamos aduertidos, y autorizados, es la en quien passò la possession ciuil, y natural, de los bienes dellos, sin que lo pueda impedir, ni hazerle competencia el dicho don Nicolas Estevan su sobrino, varon de hẽbra, y de linea mas remota.

*** ARTICVLO SEPTIMO. ***

205 ¶ Pero quando por alguna razon, y discurso, que nuestro corto, talento, no alcance, estuviera la materia en terminos dusos, adhuc, por solo este fundamento, deue optener de necessidad doña Maria Clara

Por

206 ¶ Por asistirle la regla de la succession, ratione lineę, & gradus, ex *d.c.1. de natur. success. feud. l.2. tit.15. p.2.* vbi Greg. verb. *sino el hijo mayor.* D. Couarr. *practic. c.38.* D. Molin. *lib.3. c.4. nu.14.* Dom. Castill. *lib.5. cap.92. num.52. & cap.93.* vers. *Inde.*

207 ¶ Conque para auerla de excluir Don Esteuan Nicolas, tiene obligacion de mostrar su llamamiento anterior, claro, euidente, y sin disputa, ni litigio, argum. *l. si plures 24. ff. de vulgar.* illic: *Nisi euidenter fuerit expressum, l. si plures 33. ver. quid. si separati*, ibi: *Siquidem euidētissimè apparuerit.* Et postea illic: *Nisi ipse testator, ex scriptura manifestissimus est, ff. eodem, l. nuptura, ff. de iure dotiū*, ibi: *Nisi euidentissimè contrarium probetur, l.1. C. de condit. incert.* ibi: *Nisi alia defuncti voluntas euidenter contraria probetur.*

208 ¶ In terminis Burg. de Paz *in præm. leg. Taur. num.* 120. Pinel. *in l.3. C. de bonis mater. nu.27.* Auend. *in l.40. Taur. glos. 9. n.5.* D. Valenç. *cons. 79. num.216.* Mieres *q.6. nu.36. p.2.* Casanat. *cons. 68. nu.115.* D. Molin. *lib.3. c.4. nu.32.* ibi: *Ex eisdem etiam infertur, quod cum fœmina habeat fundatam intentionem iure communi, vt deficientibus masculis eiusdem lineæ, & gradus in primogenio succedat, ad hoc, vt ab eo, quod sibi iure communi competit exclusa censenda sit, exclusio sit, euidentissimè probanda*, Dom. Castill. *lib.5. c.143. §. vnico, num.3.* Dom. Vela *dissert. 49. num.51.*

209 ¶ Y la Prematica referida, del año de 15. quæ est *dict. l.13. tit.7. lib.5. Recop.* cierra la puerta à argumentos, presumpciones, y conjecturas, por precissas, claras, y euidentes que sean, supr. n.200. Ademas, que ningunas tiene don Esteuan que le sean fauorables.

210 ¶ Et sic, de tres casos que suelen suceder en semejantes litigios, debe vencer la hembra en los dos, que es en el claro por su parte, y en el dudoso contra el varon de otra linea, D. Molin. *lib.3. cap.4. nu.37.* ibi: *Ex quibus etiam infertur, quod ex triplici statu, in quo lites, quæ super exclusione, vel admissione fœminarum, versantur, esse possunt, videlicet, quod lis sit clara, ex parte masculi remotioris gradus, vel ex parte fœminæ, vel dubia, masculus solum in primo casu potest obtinere, fœmina verò in duobus casibus sequentibus necessario masculo remotioris gradus præferenda erit.* Y dà la razon, illic: *Cum iure communi eius intentio fundata sit.*

211 ¶ Casanat. *cons.38. num.78.* D. Valenç. *cons. 97. nu.71.* Gutierr. *cons.13. nu.14.* D. Perez de Lara *de vita hom. cap.30. num.38.* D. Castill. *c.129. à nu.55.* D. Larr. *decis.34. num.19.* D. Vela *dissert. 49. nu.51.* Mier. *2. p. q.6. n.10.* ibi: *Et si dubium sit, quid sit vocatus, quia ambo forsam apparēt vocati, per testatorē, debet in successione, præferri ille qui secundum iura, & dispositionem testatoris vocatus apparet, & est anteponēdas ei, qui solummodo testatoris dispositione est, vocatus.* Et iterum *num.97.*

213 ¶ Maximè, quando el litigio es entre hembra agnata, como le viene a ser doña Maria Clara, con varon de hembra, pues en aquella mientras viuiere conserua la voluntad de el instituidor con mayor propiedad, y eficacia, que no en este, vt considerant Socin. Sen. *cons. 49. n. 10. vol. 1.* ibi: *Absurdum enim videtur dicere, quod testator vocaret descendentes, ex filiabus fæminis, qui sunt cognati, & excluderet fæminas, natas ex masculis, quæ sunt sibi agnatæ, maximè, cum prætulerit masculos fæminis, vt conseruaretur agnatio, & familia sua.* Sousa *in l. fæminæ, à n. 10. cum seqq. ff. de R. I.* Ant. Fab. *de error. decad. 18. error.* 10. Con muchos Dom. Castill. *libr. 5. cap. 143. §. vnico, à num. 8.*

213 ¶ Pues D. Esteuan Nicolas, como hijo legitimo de Dō Miguel de Erasso, es precisso seguir su familia, y no la de doña Maria de Tapia su madre, *l. Iurisconsulti, ff. de gradib.* Castrens. *in l. maritus, nu. 15. C. de procurat.* Ruin. *cons. 123. nu. 13. vol. 1.* Marian. Socin. *cons. 69. nu. 30. vol. 3.* Peregrin. *art. 22. nu. 24.* Curt. Iun. *cons. 5. nu. 24. vol. 1.* illic: *Quia filij ipsius fæminæ, non sequuntur familiam matris, sed patris eorum, & ideo, per fæminam rumpitur linea paterna.*

214 ¶ Vltimamente. Porque se trata de juyzio possessorio, en el qual indubio, siempre deue salir de necessidad, y justicia la determinacion en fauor de doña Maria Clara, por hija del vltimo posseedor, *cap. 1. §. inter filiam si de fœud. defunct. content.* ibi: *Apud filiam, possessionem, interim esse colocandam.* Et postea ibi: *Respondi filiam in possessionem fæudi manere debere: donec de eo iudicetur.* Dom. Molin. *libr. 3. capit. 4. num. 41.* Pater Molin. *disputat. 605. num. 6.* D. Francisc. Hier. de Leon *decis. 209. num. 2.* Dom. Castill. *lib. 5. cap. 92. numer. 53. & cap. 143. §. vnico, num. 13.* Add. ad Dom. Molin. *dict. cap 4. libr. 3. num. 41.* Dom. Vela *dissert. 49. num. 53. & 74.* quam plurimos refert. Et sic la esperamos, confirmando la sentencia del Alcalde mayor de Truxillo, y reuocando la de su acompañado. Salva in omnibus tanti Iudices grauissimique Senatus D. C.

L. D. Iuan de Herrera
Pareja.